

**ÇOCUĞUN VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜNE YÖNELİK TIBBİ
MÜDAHALELERDE CEZA HUKUKU AÇISINDAN
KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKI**

ASLI AYDIN

**ÖZYEĞİN ÜNİVERSİTESİ
OCAK, 2025**

ÇOCUĞUN VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜNE YÖNELİK TIBBİ
MÜDAHALELERDE CEZA HUKUKU AÇISINDAN
KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKI

Aslı Aydın

Kamu Hukuku

Doktora Tezi

Danışman: Prof. Dr. Özlem Yenerer Çakmut

Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özyeğin Üniversitesi
İstanbul

Ocak, 2025

ÇOCUĞUN VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜNE YÖNELİK TIBBİ MÜDAHALELERDE CEZA HUKUKU AÇISINDAN KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKI

Jüri:

Prof. Dr. Özlem Yenerer Çakmut,
Danışman
Kamu Hukuku Bölümü
Özyeğin Üniversitesi

Doç. Dr. Hamide Bağçeci Danacı
Kamu Hukuku Bölümü
Özyeğin Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Aras Türay
Kamu Hukuku Bölümü
Özyeğin Üniversitesi

Prof. Dr. Pınar Kartal
Kamu Hukuku Bölümü
Galatasaray Üniversitesi

Doç. Dr. Zafer İçer
Kamu Hukuku Bölümü
Marmara Üniversitesi

Kabul Tarihi: 08.01.2025

ORİJİNALLİK BEYANI

Bu tez çalışmasının tek yazarı olduğumu ve bu tez metninin düzeltmeler de dahil olmak üzere tez jürisi tarafından kabul edilen ve onaylanan son metin olduğunu beyan ederim. Bu çalışmadaki tüm veri ve bilgiler araştırma etiği kuralları ve akademik dürüstlük ilkelerine uygun olarak elde edilmiş, üretilmiş ve sunulmuştur. Tüm bilgimi, fikir, düşünce ve telif hakkıyla korunan her türlü materyali standart referans kurallarına uygun olarak sunduğumu, bu tezin orijinalliğini ve herhangi bir bölümünün başka bir yükseköğretim kurumundaki bir diploma programına sunulmadığını beyan ederim.

Aslı Aydın

ÖZET

Çocukların kendi geleceğini belirleme hakkının bulunup bulunmadığı, çocukların velayet altında bulunmaları nedeniyle de tartışmalı bir konudur. Çocuğun üstün yararı ilkesi ile velayetin kullanılmasına dair hükümler bu gibi durumlarda çatışmalı hale gelebilmekte, hangisinin öncelikli olarak uygulanması gerektiği konusunda farklı görüşler ortaya atılabilmektedir. Özellikle vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler açısından durum ayrıca ele alınmalıdır. Çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmadığı dönemlerde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde ebeveynin rızasının yeterli olup olmadığı konusunda değerlendirme yaparken çocuğun üstün yararının da gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Özellikle çocukluk dönemi aşıları, topuk kanı testleri, interseksizm durumları ve sünnet uygulamaları çocuğun henüz yapılan müdahalenin hukuki anlam ve önemini algılayamayacağı bir dönemde gerçekleştirilmektedir. Ayırt etme gücünü kazanmaya başladığı dönemden itibaren gerçekleştirilen bazı tıbbi müdahalelerde ise çocuğun rızasının tek başına yeterli olup olmayacağı ve ebeveynin müdahale sınırlarının ne olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Çocuğun rızasının alınmadığı dönemlerde ebeveynin rızasıyla yapılan tıbbi müdahalelerde ya da çocuk ayırt etme gücüne sahip olma yaşına geldikten sonra çocuğun rızası hilafına gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde ceza sorumluluğunun tartışılması gerekliliği de çalışmanın ceza hukuku açısından değerlendirilmesinde önemli bir yer tutmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkı, çocuk hakları, tıbbi müdahale, çocuğun üstün yararı, ceza sorumluluğu

ABSTRACT

The question of whether children have the right to self-determination is a controversial issue, particularly due to the fact that being under custody. The principle of the child's best interest and the provisions regarding the use of custody may conflict in such cases, and different views may arise regarding on which should take precedence. The situation should be addressed separately in terms of medical interventions carried out on the bodily integrity of the child. When evaluating whether the consent of the parent is sufficient in medical interventions conducted during periods when the child does not have the capacity of discernment, the best interests of the child should not be overlooked. In particular, childhood vaccinations, heel prick tests, intersexism and circumcision practices are carried out during a time when the child is unable to comprehend the legal meaning and importance of the intervention. In some medical interventions performed from the period when the child begins to gain the ability of discernment it is important to determine whether the child's consent alone will be sufficient and to clarify the boundaries of parental intervention. In cases where the child's consent cannot be obtained, the necessity of discussing criminal liability in medical interventions carried out with the consent of parent, or in cases where medical interventions are carried out against the child's will after they have reached the age of discernment, holds a significant place in the evaluation of the study from a criminal law perspective.

Keywords: The right to self-determination of the child, children's rights, medical intervention, the best interests of the child, criminal responsibility

İÇİNDEKİLER

ORJİNALLİK BEYANI.....	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ	xii
1. GİRİŞ	1
2. GENEL BİLGİLER	6
2.1 Hakkın Öznesi Olarak Çocuk ve Çocuk Hakları	6
2.1.1 Kavram ve Terminoloji.....	6
2.1.2 Çocuğun Bilişsel Gelişim Süreci	9
2.1.3 Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları	12
2.1.3.1 Tarihsel Gelişim.....	13
2.1.3.2 Uluslararası / Ulusal Üstü Belgelerde Çocuk Hakları	19
2.1.3.2.1 Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi	20
2.1.3.2.2 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi	22
2.1.3.2.3 Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi.....	23
2.1.3.2.4 Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi	25
2.1.3.3 Türkiye’de Çocuk Hakları	27
2.1.3.3.1 1982 Anayasası	27
2.1.3.3.2 Türk Medeni Kanunu	32
2.1.3.3.3 Çocuk Koruma Kanunu	34
2.1.3.3.4 Türk Çocuk Hakları Bildirisi	36
2.2 Çocuğun Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı	37
2.2.1 Genel Olarak	37
2.2.2 Kavram ve Terminoloji.....	38
2.2.3 Hakkın Fikri Temelleri	42
2.2.3.1 Özgürlük Temelli Yaklaşımlar	42
2.2.3.1.1 Özerklik	43
2.2.3.1.2 Çocuk Katılımı.....	54
2.2.3.1.3 Olgun Küçük Doktrini (Mature Minor Doctrine)	58
2.2.3.2 Sınırlandırma Temelli Yaklaşımlar	61

2.2.3.2.1 Çocuk Düşmanlığı (Childism)	61
2.2.3.2.2 Paternalizm	64
2.2.3.3 Çocuk ve Kanuni Temsilci İlişkisine Dair Yaklaşımlar	68
2.2.3.3.1 Çocuk ile Kanuni Temsilcinin İradelerinin Çatışması.....	69
2.2.3.3.1.1 Velayet	70
2.2.3.3.1.2 Velayetin Kötüye Kullanılması	75
2.2.3.3.2 Çocuğun Üstün Yararı İlkesi	79
2.2.3.3.3 Çocuğun İstismarına Neden Olan Haller	85
2.2.3.3.3.1 Tıbbi İhmal	87
2.2.3.3.3.2 Munchausen by Proxy Sendromu	89
2.2.4 Hakkın Hukuki Temelleri	92
2.2.4.1 Uluslararası Hukuk	92
2.2.4.1.1 Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi.....	93
2.2.4.1.2 Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi: İnsan Konulu Tıbbi Araştırmalarda Etik İlkeler	95
2.2.4.1.3 Dünya Tabipler Birliği Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi.....	96
2.2.4.1.4 Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi (Amsterdam Bildirgesi)	98
2.2.4.1.5 Dünya Tabipler Birliği Mesleki Otonomi ve Klinik Bağımsızlık Hakkında Seul Bildirgesi	98
2.2.4.2 Ulusal Hukuk	99
2.2.4.2.1 Anayasa Hukuku.....	101
2.2.4.2.1.1 Kişinin Kendini Geliştirme Hakkı	105
2.2.4.2.1.2 Sağlık Hakkı	112
2.2.4.2.1.3 Tedaviyi Ret Hakkı.....	116
2.2.4.2.2 Ceza Hukuku.....	121
2.2.4.2.2.1 Rıza Kavramı	122
2.2.4.2.2.2 Rızanın Niteliği.....	125
2.2.4.2.2.3 Rızanın Şartları	131
2.2.4.2.2.3.1 Rıza Ehliyeti / Rıza Açıklama Yeteneği	133
2.2.4.2.2.3.2 Rızanın Açıklanması.....	136
2.2.4.2.2.3.3 Rıza Konusunun Tasarruf Edilebilir Bir Menfaat Olması ...	140

2.2.4.2.3 Medeni Hukuk	145
2.2.4.2.3.1 Kişilik Hakkı.....	148
2.2.4.2.3.2 Fiil Ehliyeti	153
2.2.4.2.3.3 Ayırt Etme Gücü.....	157
2.2.4.2.3.4 Kullanılması Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar Açısından.....	160
2.2.4.2.3.4.1 Tam Ehliyetsiz Çocuklar	162
2.2.4.2.3.4.2 Sınırlı Ehliyetsiz Çocuklar.....	165
2.2.4.2.4 İlgili Mevzuat.....	168
2.2.4.2.4.1 Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun...	168
2.2.4.2.4.2 Nüfus Planlaması Hakkında Kanun.....	170
2.2.4.2.4.3 Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi.....	171
2.2.4.2.4.4 Hasta Hakları Yönetmeliği	172
2.2.5 Hakkın Sınırları.....	175
3. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE ÇOCUĞUN VÜCUDU ÜZERİNDE GERÇEKLEŞTİRİLEBİLECEK ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI TIBBİ MÜDAHALELER.....	181
3.1 Tıbbi Müdahale Kavramı.....	181
3.1.1 Genel Olarak.....	181
3.1.2 Tıbbi Müdahalenin Tanımı	181
3.1.3 Tıbbi Müdahalenin Hukuki Niteliği	184
3.1.4 Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları	186
3.1.4.1 Müdahalenin Kanunlarda Öngörülmüş Amaçlara Uygun Olması.....	191
3.1.4.2 Müdahaleyi Yapanın Tıp Mesleğini Kanunen İcra Etmeye Yetkili Olması.....	196
3.1.4.3 İlgilinin Rızası.....	197
3.1.4.4 Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunu Rıza Dışında Açıklayan Görüşler	202
3.1.4.4.1 İzin Verilen Risk.....	202
3.1.4.4.2 Hakkın Kullanılması	203
3.1.4.4.3 Kanun Hükmünün İcrası	208
3.1.4.4.4 Zaruret Hali	208
3.1.4.4.5 Değerlendirme	209

3.2 Çocuğun Vücudu Üzerinde Gerçekleştirilen Tartışmalı Bazı Tıbbi Müdahale Türleri	210
3.2.1 Genel Olarak	210
3.2.2 Önleyici Nitelikteki Müdahaleler	211
3.2.2.1 Çocukluk Dönemi Aşıları	212
3.2.2.2 Topuk Kanı Testi	219
3.2.3 Cinsel Bütünlüğe ve Üreme Faaliyetine İlişkin Müdahaleler.....	223
3.2.3.1 Cinsiyet Kavramı	224
3.2.3.2 Cinsiyet Gelişim Farklılıkları	225
3.2.3.2.1 İnterseksizm	226
3.2.3.2.2 Cinsiyet Disforisi	229
3.2.3.3 Sünnet	230
3.2.3.3.1 Erkek Sünneti.....	230
3.2.3.3.2 Kadının Genital Sakatlanması (Kadın Sünneti).....	243
3.2.3.3.2.1 Tarihçe	244
3.2.3.3.2.2 Dünyadaki Güncel Uygulamalar	248
3.2.3.3.3 Değerlendirme	254
3.2.3.4 Genital Muayene.....	256
3.2.3.4.1 Hukuki Dayanak	257
3.2.3.4.2 Muayene Türleri	261
3.2.3.4.2.1 Bekaret Kontrolü (Hymen Muayenesi).....	261
3.2.3.4.2.2 Kızlık Zarı Dikimi (Hymenoplasti)	263
3.2.3.4.3 TCK'daki Düzenleme	264
3.2.3.5 Gebeliğin Sonlandırılması	270
3.2.3.5.1 Hukuki Dayanak	273
3.2.3.5.1.1 Nüfus Planlaması Hakkında Kanun.....	273
3.2.3.5.1.2 Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük	274
3.2.3.5.2 TCK'daki Düzenleme	278
3.2.3.5.3 Değerlendirme	280
4. TIBBİ MÜDAHALENİN GERÇEKLEŞMESİNDEN DOĞACAK CEZA SORUMLULUĞU.....	283

4.1 Genel Olarak	283
4.2 Korunması Amaçlanan Hukuki Değer.....	284
4.3 Fail	288
4.3.1 Tıbbi Müdahalede Bulunanlar	289
4.3.1.1 Hekimler	289
4.3.1.2 Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetler	292
4.3.2 Ebeveyn	294
4.4 Hareket.....	296
4.4.1 İcrai Hareket	297
4.4.2 İhmali Hareket	301
4.4.3 İhmal Suretiyle İcra Suçları	302
4.4.4 Tıbbi Müdahaleler Açısından Değerlendirme	306
4.4.4.1 Yaralama	306
4.4.4.2 Genital Muayene	309
4.4.4.3 Gebeliğin Sonlandırılması	311
4.4.4.4 Kötü Muamele	312
4.4.4.5 Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali	314
4.5 Netice	316
4.5.1 Zararın Ortaya Çıkması	318
4.5.2 Tehlikenin Ortaya Çıkması	319
4.5.3 Tıbbi Müdahaleler Açısından Değerlendirme	320
4.5.3.1 Vücuda Acı Verme, Sağlığın ya da Algılama Yeteneğinin Bozulması	320
4.5.3.2 Ceninin Canlılığının Sona Ermesi	322
4.5.3.3 Kötü Muamele	323
4.5.3.4 Çocuğun Ahlak, Güvenlik ve Sağlığının Ağır Şekilde Tehlikeye Sokulması.....	323
4.6 Manevi Unsur	324
4.6.1 Kasttan Doğan Sorumluluk.....	325
4.6.2 Taksirden Doğan Sorumluluk.....	329
5. SONUÇ.....	332
KAYNAKÇA.....	343
EKLER.....	372

EK A. ÖZGEÇMİŞ.....	373



KISALTMALAR LİSTESİ

- A.Ü.S.B.F. / AÜSBF:** Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
- ABD:** Amerika Birleşik Devletleri
- AcP:** Archiv für die civilistische Praxis
- AG:** Aktiengesellschaft
- AHBVÜ:** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
- AİHM:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
- AKSOS:** Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
- Anm.:** Anmerkung
- Art.:** Artikel
- AT:** Allgemeiner Teil
- AÜHFD:** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- b.:** bin
- BGB:** Bürgerliches Gesetzbuch
- Bkz. / bkz.:** Bakınız
- BUHFD:** Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- BVerfGE:** Bundesverfassungsgericht
- C. G. K.:** Ceza Genel Kurulu
- C.:** Cilt
- C.D.:** Ceza Dairesi
- CEDAM:** Casa Editrice Dott. Antonio Milani
- CEDAW:** Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
- CETAD:** Cinsel Eğitim Tedavi ve Araştırma Derneği
- CMK:** Ceza Muhakemesi Kanunu
- Çev.:** Çeviren
- ÇHAS:** Çocuk Haklarına Dair Avrupa Sözleşmesi
- ÇHS:** Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
- ÇKK:** Çocuk Koruma Kanunu
- D.:** Dairesi
- D.E.Ü.:** Dokuz Eylül Üniversitesi

DEÜHFD: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Diss.: Dissertation

dn.: dipnot

Dr.: Doktor

DSM: The Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders

E.: Esas

e.t.: erişim tarihi

Ed.: Editör

ESTÜDAM: Eskişehir Türk Dünyası Uygulama ve Araştırma Merkezi

H.D.: Hukuk Dairesi

Haz.: Hazırlayan

HIV: Human Immunodeficiency Virus

HTD: Hadis Tetkikleri Dergisi

Hız.: Hazreti

ICD: International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems

İ.D.D.K.: İdari Dava Daireleri Kurulu

J Surg. Med. Sci.: Journal of Surgical Medical Sciences

K.: Karar

KGM: Kadınlarda Genital Mutilasyon

kn. : Kenar numarası

LESIJ: Lex ET Scientia International Journal

md.: Madde

MÜHF: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

NJW: Neue Juristische Wochenschrift

No: Numara

NPHK: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

Prof.: Profesör

RG.: Resmi Gazete

S / S.: Sayı

s.: sayfa

SÜHFD: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

T. : Tarih

TBB: Türkiye Barolar Birliği

TCK: Türk Ceza Kanunu

TDK: Türk Dil Kurumu

TıpHD: Tıp Hukuku Dergisi

TMK: Türk Medeni Kanunu

UNESCO: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization

UNICEF: United Nations International Children's Emergency Fund

v.: ve

vd. : ve devamı

WHO: World Health Organization

WMA: World Medical Association

YÜHFD: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

1. GİRİŞ

Kişilik, doğumdan sonra hukuk tarafından isteğe bakılmaksızın tüm insanlara verilen bir haktır. Her ne kadar bu hakkın nasıl kullanılacağı konusunda insanların özgür olduğu dile getirilse de aslında insanlar kişilik haklarını kullanırken tam anlamıyla özgür değildirler. Hukuk bu hakkın nasıl kullanılması gerektiği hususunda, belli kurallar çerçevesinde bireylere bir sınır çizmektedir.

Hukuk kuralları, insanların kişilik haklarından vazgeçmelerini yasaklarsa, o takdirde söz konusu haklardan vazgeçilebilmesi mümkün olamayacaktır¹. Kişiler hukuk kurallarıyla bağlı oldukları için bu kurallar çerçevesinde haklarını kullanmak zorundadırlar. Ancak vücutları üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi açısından konu ele alındığında, kişilerin özellikle tıbbi müdahalelerle vücut bütünlüklerinin ihlal edilmesi söz konusu olmaktadır. Burada ortaya çıkan ve tartışma konusu olan husus ise kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını nasıl kullanabileceğidir. Özellikle de belli bir yaşa kadar kendini ifade edemeyen çocukların hem dışarıdan gelebilecek saldırılara hem de ailesi tarafından çocuğun vücudu üzerinde söz sahibi olduklarının iddia edilmesi durumunda ailesine karşı korunması gerekmektedir. Belli bir yaştan sonra ise kendi vücutları üzerinde gerçekleştirilecek müdahaleler açısından söz söyleme hakkına sahip olmaları son derece önemlidir, zira çocuğun genellikle 12 yaşından itibaren çeşitli hukuki işlemlerde rızasına geçerlilik tanınmakta, 12 yaşından itibaren ceza sorumlulukları kabul edildiği için bu yaştan itibaren cezalandırılabilirler. Dolayısıyla da

¹ YENERER ÇAKMUT, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003. (Rıza), s. 214, 218. Farklı olarak kişinin kendi yaşamı hakkında mutlak surette tasarrufta bulunabilme hakkı olduğunu ifade eden bir görüş için bkz. ÜNVER, Yener: “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 2006, (Rıza), s. 261.

gerçekleştirdikleri eylemlerin veya açıkladıkları ifadelerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayarak davranışlarını buna göre yönlendirme yetenekleri, yaşları ilerledikçe artmaktadır. Bunun doğal bir sonucu olarak, çocuğun kendi vücudu üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler açısından söz söyleme veya bunlara rıza gösterme hakkına sahip olup olmadığının ele alınması ve tartışılması gerekmektedir.

Bu noktada gündeme gelecek olan konu, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve çocuk özelinde bu hakkın değerlendirilmesi gerekliliğidir. “Çocuğun Vücut Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Ceza Hukuku Açısından Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı” başlıklı bu çalışmanın amacı, çocukların kendi vücutları üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde ne kadar söz sahibi olduklarını tespit etmek ve bunu çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkı açısından ele almak, ceza hukukunda bir hukuka uygunluk nedeni olan ilgilinin rızası kurumu ile kendi geleceğini belirleme hakkının bağlantısını ortaya koyarak tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu açısından bir değerlendirme yapmak, çocuklar üzerinde gerçekleştirilen bazı tıbbi müdahalelerde ortaya çıkması muhtemel ceza sorumluluklarını ele almak ve Türk hukuk sistemindeki olması gereken kurallar ve ilkeler bakımından ortaya konabilecek çeşitli önerileri dile getirmektir.

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, Türk hukukunda doğrudan doğruya düzenlenmiş bir hak olmamakla birlikte, bu hakkın ilgilinin rızası kavramının kaynağını oluşturduğu kabul edilmektedir². Doğrudan doğruya düzenlenmemiş bir hak olması nedeniyle de özellikle 1982 Anayasası’ndan çıkarım yapılarak bir sonuca ulaşmaya çalışılmaktadır. Anayasa’nın başlangıç kısmında yer alan “*Her Türk vatandaşının bu*

² EKİCİ ŞAHİN, Meral: Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 55.

Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak ... onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” hükmü, Anayasa’nın 5. maddesinde yer alan “Devletin temel amaç ve görevleri, ... insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.” hükmü ve 17. maddesinde yer alan “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” hükmüyle kişilerin “kişiliğini serbestçe geliştirme” ve “onurlu bir birey olarak varlığını devam ettirme” haklarının Anayasal düzlemde garanti altına alındığı ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının dayanağı olduğu kabul edilmektedir³.

Bu açıdan bakıldığında, hukuk düzeninde doğrudan işaret edilen veya kanunlarda düzenlenmiş bir hak niteliğinde olmayan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkı olarak ele aldığımızda, özellikle çocuğun vücudu üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler açısından çocuğun doğuştan mı bu hakka sahip olacağı yoksa ayırt etme gücüne sahip olduktan sonra mı bu hakkı kullanabileceği ele alınması ve tartışılması gereken hususlardır.

Çalışmanın birden fazla amacı bulunmaktadır. İlk bölümde öncelikle çocuk hakları tarihsel olarak ele alınacak ve kendi geleceğini belirleme hakkının çocuk haklarındaki yeri belirlenmeye çalışılacaktır. Ardından hakkın düşünsel temelleri incelenecek, bu kapsamda özellikle çocuğun özerkliği, kendisini ilgilendiren konularda çocuğun katılımı, henüz Türkiye’de rastlanmasa da özellikle Amerika Birleşik Devletleri’nde kullanılan bir kavram haline gelen “olgun çocuk doktrini”, yine yeni bir kavram olan “çocuk düşmanlığı” ve diğerlerine göre daha eski bir kavram olan

³ EKİCİ ŞAHİN, s. 61-62. Hakkın hukuki temellerinden bahsedilirken “Anayasa Hukuku” başlığı altında bu konuya daha detaylı olarak değinilmiştir.

paternalizm kapsamında çocuğu ilgilendiren konularda kendisinin söz sahibi olamaması konuları ele alınacak, çocuğun üstün yararı ilkesi ve tıbbi açıdan çocuğun istismarına neden olan hallerden tıbbi ihmal ile “Munchausen by proxy sendromu” bu kapsamda açıklanacaktır. Sonrasında hakkın hukuki temelleri uluslararası ve ulusal hukuk hükümleri çerçevesinde açıklanacak, özellikle anayasa hukuku açısından kişinin kendini geliştirme hakkı ve sağlık hakkı kapsamında bir değerlendirme yapılacak, ceza hukukunda kendi geleceğini belirleme hakkının kaynaklık ettiği ifade edilen ilgilinin rızası kurumu incelenecek, medeni hukuk açısından ise ayırt etme gücü ve kullanılması kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar çerçevesinde, kendi geleceğini belirleme hakkının bu kapsamda kabul edilip edilemeyeceği değerlendirilecektir. Son olarak kendi geleceğini belirleme hakkının sınırları ele alınacak ve her konuda bu hakkın kullanılıp kullanılamayacağına değinilecektir.

İkinci bölümde tıbbi müdahale kavramı ele alınacaktır. Tıbbi müdahalenin özellikle hukuka uygunluk şartları değerlendirilecek ve yine bu başlık altında tartışılacak olan çeşitli tıbbi müdahaleler açısından şartlara uygunluk ile kendi geleceğini belirleme hakkının kullanılması çerçevesinde değerlendirmeler yapılacaktır. İkinci bölümde değerlendirilmek için seçilen tıbbi müdahale türleri daha ziyade bir aciliyet veya zorunluluk teşkil etmeyen, öğretilde çok fazla tartışılmamış ya da tartışılrsa da çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkı açısından değerlendirilmemiş, hatta kimileri açısından yalnızca ebeveynin rızası ya da isteğiyle gerçekleştirilen müdahalelerin ele alınması tercih edilmiştir. Bunun nedeni, Türkiye’de kimi yaygın olarak kimi ise nadiren gerçekleştirilen ya da henüz çok sık karşılaşılmassa da gerçekleştirilme potansiyeli bulunan tıbbi müdahaleler açısından çocuğun rızası alınmadan veya çocuğun rızasının alınabileceği yaşa henüz gelmeden yapılan tıbbi müdahalelerin çocuğun ileriki yaşamını

etkileyecek ve hatta geri döndürülemeyecek niteliklere sahip olmasıdır. Çocuğun ayırt etme gücüne sahip olduktan ya da reşit olduktan sonra geçmişe dönük olarak bu tıbbi müdahalelerden dolayı pişmanlık yaşaması mümkündür ve kendi geleceğini belirleme hakkının çocuklar açısından değerlendirilmesi aslında bu nedenle de son derece önem taşımaktadır. Bu kapsamda çocukluk dönemi aşıları, topuk kanı, cinsiyet gelişim farklılıkları, erkek ve kadın sünneti, genital muayene ve gebeliğin sonlandırılması konuları ele alınacak; konuyla ilgili bazı önemli noktalara değinilmeye çalışılacaktır.

Son olarak üçüncü bölümde ise, tıbbi müdahalelerde çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkını kullanamaması ya da bu hak kullandırılmadan gerçekleştirilen müdahalelerde ortaya çıkabilecek ceza sorumlulukları müdahaleyi gerçekleştirenler ve müdahaleye rıza gösteren ebeveynler açısından ele alınacaktır. Bu tür durumlarda hangi suçların ortaya çıkacağı, çalışmada ele alınan tıbbi müdahaleler çerçevesinde incelenecek, genel bir suç inceleme metodundan ayrılacak; yalnızca ortaya çıkabilecek suçlar bakımından fail, tipik fiil ve ortaya çıkabilecek ceza sorumlulukları konusunda bir değerlendirme yapılacaktır.

Çalışmada, kendi geleceğini belirleme kavramının hukuki niteliği ele alınmış olsa da bu kavramın hak niteliği sınırlı olarak tartışılmıştır. Zira konu, ceza hukuku açısından çocukların vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi niteliği haiz müdahalelerde bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilip edilemeyeceği veya çocuğun bu hakkını kullanması dolayısıyla ortaya bir ceza sorumluluğunun çıkıp çıkmayacağıyla alakalıdır.

2. GENEL BİLGİLER

2.1 Hakkın Öznesi Olarak Çocuk ve Çocuk Hakları

2.1.1 Kavram ve Terminoloji

Çocuk kavramı sosyal bilimlerde farklı dallara göre farklı şekillerde tanımlanmıştır. Türk Dil Kurumu'na göre çocuk, *“bebeklik ile erginlik arasındaki gelişme döneminde bulunan oğlan veya kız; yavru, bala, uşak, velet”* şeklinde sözlük anlamı doğrultusunda ifade edilmiştir⁴. Sosyoloji ve çocuk gelişimi kaynaklarında ise farklı bir bakış açısıyla ele alınan kavram *“henüz bedensel, ruhsal ve sosyal yönlerden erginliğe ve olgunluğa ulaşmamış bireydir.”* olarak açıklanmıştır⁵. Bir başka açıdan *“masum, duyarlı, bağımlı ve gelişmekte olan bir insan varlığı”*⁶ şeklinde tanımlanan çocuk, hukuki olarak ise *“Sağ ve tam doğduğu andan itibaren reşit olduğu ana kadarki devrede bulunan (insan yavrusudur) hakiki şahıstır.”* şeklinde ifade edilerek kavrama hukuki bir anlam atfedilmiştir⁷.

Çocukluğun kültürel bir olgu olduğu ve farklı toplumlardaki bireylerin birbirlerine karşı davranışlarının değişkenlik göstermesinden dolayı çocuğun da doğduğu ve büyüdüğü toplum içinde değerlendirilmesi ve incelenmesi gerektiği öne sürülerek çocuğa ilişkin kapsayıcı ve tek bir tanım yapılamayacağı ifade edilmiştir. Bu kapsamda çocuğun mutlaka içinde bulunduğu toplumla ve yaşadığı özel şartlar dikkate alınarak, yalnızca bir

⁴ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr> (e.t. 25.02.2024).

⁵ KARADOĞAN, Umut C.: “Çocuk ve Çocukluk’ Kavramının Tarihsel Süreçte Değerlendirilmesi”, Çocuk ve Medeniyet, (1), 2019, s. 196.

⁶ ÖZDEMİR, Hayrunnisa/RUHİ, Ahmet Cemal: Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 1.

⁷ İNAN, Ali Naim: Çocuk Hukuku, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No: 3, İstanbul 1968, s. 17. Sağ ve tam doğum aynı zamanda Türk Medeni Kanunu’nun 28. maddesinin ikinci fıkrasına göre, çocuğun hak ehliyetini kazanmasının şartlarından biridir.

geçiş aşamasında bulunan varlık olarak değil kendine özgü sahip olduğu özelliklerle tanımlanması ve kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır⁸. Ancak elbette, çalışmanın konusu hukuk ekseninde olduğundan, çocuğun hukuki olarak tanımlanması önemlidir ve bu kapsamda bir değerlendirme yapılarak hukuki anlamda çocuk tanımının üstünde durulması gerekmektedir.

Birleşmiş Milletler tarafından 1989 tarihinde kabul edilmiş olan “Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nin 1. maddesinde çocuğun tanımı; “...çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.” şeklinde yaş açısından bir değerlendirme yapılarak verilmiş ve iç hukukta çocuğun 18 yaşından önce reşit olması durumunda, Sözleşme kapsamında artık çocuk olarak kabul edilmeyeceği ifade edilmiştir⁹.

Türk hukukunda çocuğun tanımı kanunlarda farklı şekillerde yapılmıştır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’na¹⁰ göre çocuk, daha erken yaşta ergin olsa bile, 18 yaşını doldurmamış kişiyi ifade etmektedir. Bu tanımla Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nden farklı bir şekilde çocuğun ele alınması söz konusu olmuştur¹¹.

⁸ ÖKTEM, Duygu: “Türkiye’deki Çocuk Adalet Sisteminin Yönetimi ve Yaş Ayrımcılığına İlişkin Paradigmanın İncelenmesi (Literatür Taraması)” in: Türkiye’de Çocuk Adalet Sisteminin Yönetimi, Uluslararası Çocuk Merkezi Yayınları, Ankara 2012, s. 5-6.

⁹ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, <https://www.unicef.org/turkiye/cocuk-haklarina-dair-sozlesme> (e.t. 25.02.2024).

¹⁰ RG. T. 15.07.2005, S. 25876. Bundan sonra ÇKK olarak anılacaktır.

¹¹ Daha erken yaşta ergin olmaktan kasıt, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’na göre erginliğin 18 yaşından önce evlenme ve mahkemece ergin kılınma gibi yollarla kazanılmış olmasıdır. Kanun’un ilgili maddeleri şu şekildedir:

Madde 11 - Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar.

Evlenme kişiyi ergin kılar.

Madde 12 - Onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir. ÇKK’nın 18 yaşını doldurmamış kişileri bu kapsamda çocuk olarak tanımlamasındaki nedenin, 17 yaşında evlenip ergin olsa bile çocukları 18 yaşını doldurana kadar Kanun kapsamında koruma altına alabilmesi olduğu yönünde bkz. BADUR, Emel: Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 24-25.

ÇKK ayrıca, korunmaya muhtaç çocukları da tanımlamış; vücutsal, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru olan çocukları bu kapsamda kabul etmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun¹² 6. maddesinde yer alan tanıma göre, henüz 18 yaşını doldurmamış kişiler çocuktur. ÇKK’da yapıldığı gibi erginliğe ilişkin bir ifade TCK’da yer almadığından burada erginliğin daha önceden kazanılmasının dikkate alınmayıp kişinin 18 yaşını doldurmasıyla çocukluktan yetişkinliğe geçeceği söylenebilecektir. 18 yaşına kadar, farklı yaş basamaklarında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda¹³ çeşitli düzenlemeler bulunsa da çocukluktan yetişkinliğe/erginliğe geçiş için esasen kabul edilen sınır, bu yaştır¹⁴.

Bununla birlikte, Türk hukukunda çocukluk dönemine ilişkin farklı kavramların kullanıldığı da görülmektedir. Örneğin hukukun çeşitli dallarında, “çocuk”, “küçük”, “genç” gibi farklı kavramların tercih edildiği ve bu anlamda hangi yaş aralığındakiler için hangi kavramların kullanıldığının belirsiz olduğunu söylemek mümkündür¹⁵. Anayasa metninde de benzer kavram kargaşası görülmektedir. TMK’da ise, kimi yerlerde “küçük”, kimi yerlerde ise “çocuk” kavramı kullanılmaktadır. Bu konuda en net çizgi, TCK’dadır.

TMK’nın 124. maddesine göre 17 yaşını dolduran kişiler evlenebilir. Ayrıca olağanüstü hallerde ve pek önemli sebeple 16 yaşını doldurmuş kişilerin de hâkim tarafından evlenmesine izin verilebilir. İmkân varsa karardan önce anne-baba veya vasinin dinlenebileceği de ifade edilmiştir. Dolayısıyla 17 yaşını doldurup evlenen her çocuk, TMK’ya göre ergin sayılacaktır. Ancak ÇKK’da yapılan çocuk tanımına göre halen hukuken çocuk olarak kabul edileceklerdir.

¹² RG. T. 12.10.2004, S. 25611. Bundan sonra TCK olarak anılacaktır.

¹³ RG. T. 08.12.2001, S. 24607. Bundan sonra TMK olarak anılacaktır.

¹⁴ Farklı yaş basamaklarından kasıt, evlenme veya mahkeme kararıyla ergin kılınma halleridir. Bunun yanında, kişinin çocukluktan çıkması için kabul edilen 18 yaş sınırının, vücut veya cinsel olgunluk değil, düşünsel olgunluk dikkate alınarak belirlendiği ifade edilmiştir. Ayrıca, kişinin 18 yaşını doldurana kadar hukukta çocuk olarak adlandırılması gerektiği savunulmakta ve genelde 15 yaşını doldurmuş olanlar için kullanılan “genç” kavramının hem Türk hukukunda karşılığının bulunmadığı hem de bu tanımlamaya ihtiyaç olmadığı ifade edilmektedir. Bu görüşler için bkz. SEROZAN, Rona: Çocuk Hakları, 2. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 10.

¹⁵ GÖREN, Zafer: “Çocuğun Temel Hakları”, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6347/zgoren.pdf> (e.t. 19.06.2024), s. 118.

TCK'da yalnızca “çocuk” kavramı tercih edilmiştir¹⁶. Benzer şekilde çocuk koruma mevzuatında da “çocuk” kavramı kullanılmıştır¹⁷.

2.1.2 Çocuğun Bilişsel Gelişim Süreci

Çocuğun bilişsel gelişim süreci, doğumundan 15 yaşına kadar olan süreçte dört dönemde incelenmiştir. İsviçreli psikolog ve filozof *Jean Piaget* tarafından ortaya konan bu dönemler; 0-2 yaş kapsayan duyuşsal motor dönem, 2-7 yaş kapsayan işlem öncesi dönem, 7-11 yaş kapsayan somut işlemler dönemi ve 11-15 yaş kapsayan formel işlemler döneminden oluşmaktadır. 0-2 yaş aralığında çocuk kendini etrafındaki nesnelerden ayıramaz ve davranışları reflekse dayalıdır. Bu dönemde çocuk derin düşünemez, bilgiyi zihninde işleme yeteneği bulunmamaktadır¹⁸. 2 yaşından itibaren çocuk sembolik düşünce ve faaliyet dönemindedir. Bu dönemde sözlü iletişim ve hayali oyunların sembollerle anlaşılması söz konusu olmaktadır. 2-5 yaş arası dönem erken çocukluk çağı veya oyun dönemi olarak adlandırılmaktadır. Çocuk bu dönemde çevresinde duyduğu ve gördüğü şeyleri belleğine atmaya ve zihnine yerleştirmeye başlar, çeşitli sözcükler ve simgeler kullanarak kendini ifade etmeye çalışır. Henüz hayal ve gerçeğin ayırt edilemediği bu dönemde çocuklarda soyut düşünce gelişmemiştir. Dolayısıyla çocuklar bu dönemde oyun ve gözlem yoluyla öğrenirler ve çevrelerini taklit

¹⁶ 765 sayılı TCK'nın farklı hükümlerinde çocuk, genç ve küçük kavramlarının kullanıldığı görülmüş ve bu durum eleştirilmiştir. Bkz. GÖREN, s. 118.

¹⁷ USTA, Sevgi: Çocuk Hakları ve Velayet, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 5. Gençlik çağının 22-24 yaşlarını kapsadığı, UNESCO'nun ise bu dönemi 12-24 yaş arasında ifade ettiği, bu çağın belirlenmesinde ülkeden ülkeye değişkenliklerin bulunduğu, örneğin ergenliğin son dönemi olarak adlandırılan 17-21 yaş arasındaki kişilerin Türkiye'de genç olarak hitap edildiği yönünde bkz. KILIÇ, Mustafa: Gerçek Yaşam Tadında: Gelişim Dönemleri 2 (Erinlik-Ergenlik), 2. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2016, s. 104. Kılıç, genç tanımını şu şekilde yapmıştır: “Belirli ve sınırlı bir yaş dilimi içinde; duygu, düşünce, davranış ve tutum olarak gelişme çabası harcayan kişidir.” KILIÇ, Gelişim Dönemleri 2, s. 105. Bu kavram farklılığının, günlük dilde kullanılan ifadelerin hukuka yansımından ve hukukun ürettiği kavramlar olmamasından kaynaklandığını öne süren görüş için bkz. GÖREN, s. 117.

¹⁸ CİRHİNLİOĞLU, Fatma Gül: Çocuk Gelişimi ve Ruh Sağlığı, Nobel Yayıncılık, Ankara 2015, s. 81.

ederler¹⁹. 7 yaşına kadar süren bu dönemde düşünceleri sınırlı ve kalıplaşmış olduğundan çeşitli kalıp yargılarla karşılaşılabilir²⁰.

6-12 yaş aralığı, çocuğun somut dönemden soyut döneme geçmeye başladığı bir evredir. Bu dönemde çocuk mecaz ve dolaylı anlatım yolunu tercih edebilir; mizah, kinaye, hiciv gibi konuları anlayabilir ve kullanabilir; doğru ile yanlış, gerçek ile hayali ayırt edebilir; çevrelerindeki insanların davranışlarını, kişilik özelliklerini ve huylarını kavradıkları için kendi davranışlarını da buna göre yönlendirebilmektedir. Çocuklar bu dönemde çevrelerini ciddiye alarak aileleri dışındaki kişilerle de ilişki kurmaya başlar, yaşam ve günlük hayat için gerekli kavramları, örneğin zaman gibi, öğrenirler; sözel ve sayısal becerilerini geliştirirler²¹. Okula başlamak için belirli bir ruhsal olgunluğa sahip olmak gerektiğinden, genellikle 7 yaşın gerekli beyin gelişimlerinin tamamlandığı ve öğrenime başlamak için uygun olduğu düşünülmektedir²².

11-14 yaş aralığı ergenlik öncesi dönem olarak adlandırılmaktadır. Çocuk bu dönemde duygu, düşünce ve davranış açısından gelişim ve değişim göstermeye başlar. Daha soyut bir düşünme özelliğinin kazanıldığı bu dönemde artık mantıksal çıkarımlar yaparak hayatlarıyla ilgili sorgulamalar yapma yoluna da giderler. Ara dönem olarak kabul edilebilecek bu evrede fiziksel değişimler başlar ve cinsiyet özellikleri belirginleşir. Hem çocukluk hem de ergenlikle çakışan, tutum ve davranışlarda veya ilişkilerde çabuk

¹⁹ KILIÇ, Mustafa: Gerçek Yaşam Tadında: Gelişim Dönemleri 1 (Çocukluk-Okul), 2. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2016, s. 280-283. Bu süreçteki yaş aralıkları farklı yazarlar tarafından farklı şekillerde anlatılmıştır. Örneğin *Cirhinlioğlu*, 2-7 yaş aralığındaki dönemi *Piaget*'den yaptığı aktarımla ikiye ayırmış; 2-4 yaş arasını kavram öncesi dönem, 4-7 yaş arasını ise sezgisel dönem olarak adlandırmıştır. Bkz. CİRHİNLİOĞLU, s. 94-95.

²⁰ Yaşam tecrübeleri kısıtlı olduğu için örneğin polislerin veya askerlerin hepsinin erkek olduğu düşüncesi gibi belirli meslekleri sadece erkeklerin ya da kadınların yapabileceğini düşünebilirler. CİRHİNLİOĞLU, s. 94-97.

²¹ KILIÇ, Gelişim Dönemleri 1, s. 327-332. CİRHİNLİOĞLU, s. 77, 106-108.

²² KILIÇ, Gelişim Dönemleri 1, s. 332. Çocukların genellikle 7-10 yaş arasında ayırt etme gücünü kazandıklarına dair bkz. SEROZAN, s. 12.

farklılaşmaların olduğu, olumsuz düşüncelerin baskın bir niteliğe büründüğü, cinsiyete göre değişkenlik gösteren bir dönemdir²³. Örneğin; kızlar için 11-13 yaş arası olan bu dönem erkekler için 12-14 yaşları arası olarak kabul edilir. Sona ermesi ise “bülüğa ermek” olarak adlandırılır ve bu dönemden itibaren artık kişiler üreme yeteneğine sahip olmaya başlarlar. Bu yaşlar çocuğun içinde bulunduğu çevre, genetik özellikler, beslenme ve iklime göre dahi değişkenlik gösterebilir²⁴. Bu yaştaki çocuklarda zihinsel gelişme de önemli derecede farklılaşmaya başlar ve çocuklar mantıksal çıkarımlarla yetişkinlerin seviyesine erişebilmektedir. Örneğin, tündengelim ve tümevarımın yanında soyut düşünebilme özelliklerine de bu yaş aralığında sahip olmakta, çevrelerindeki olaylarda sebep – sonuç ilişkisi kurabilmekte, genellemelerin dışına çıkarak kendi çıkarımlarını yapabilmektedirler²⁵.

Ortalama olarak 15 yaşından itibaren çocuğun entelektüel olgunluğa erişmeye başladığı ifade edilmiştir²⁶. 15-21 yaş arası ergenlik olarak adlandırılmaktadır. Çocukluk ile yetişkinlik arasında bulunan bu dönemde ergenlerin kişilik gelişimi oturmaya başlar, kimlik oluşumu içerisindeyler. Kendileriyle ilgili kararları kendi başlarına verebilme, yaşadıklarını anlamlandırma amacıyla sorgulayabilme, kendisiyle ilgili keşifler yapma, değerler sistemi geliştirme, topluma karşı yükümlü olduğu toplumsal ödevlerinin farkına varma ve bu kapsamda vicdan ve ahlak görüşü oluşturma gibi aşamaların da bu dönemde

²³ KILIÇ, Gelişim Dönemleri 2, s. 3 vd. CİRHİNLİOĞLU, s. 108.

²⁴ KILIÇ, Gelişim Dönemleri 2, s. 3-16.

²⁵ KILIÇ, Gelişim Dönemleri 2, s. 24-25. Çocukların 14 yaşından itibaren düşünsel olgunluk yaşına ulaşmaları nedeniyle, kendisini ilgilendiren konularda görüş bildirme veya kararlara katılma hakkını elde ettiği yönünde bkz. SEROZAN, s. 12-14. *Piaget*’nin düşüncesine göre, bu yaştaki çocuklar her ne kadar bilişsel olarak soyut düşünme ve bu yönde harekete geçme konusunda hazır olsalar da çevrelerinden gelecek tepki veya uyaranlar çerçevesinde teşvik görmesi durumunda gelişmesini tamamlar. Eğer çocuk kendisini toplumdan bu açılardan dışlanmış hissederse veya çevresinin düşüncelerini beğenmemesi halinde bu tip düşüncelerden uzaklaşmaktadır. *Piaget*’den CİRHİNLİOĞLU, s. 108.

²⁶ CİRHİNLİOĞLU, s. 108.

gerçekleştirdiği ifade edilmiştir²⁷. 18 yaşın doldurulmasıyla birlikte de hak, fiil ve sorumluluk ehliyetini tam olarak kazanarak hukuk önünde artık bağımsız bir birey kabul edilmektedirler²⁸.

2.1.3 Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları

Çocuk hukuku dar anlamda aile içerisinde yani anne, baba ve çocuk arasındaki hakları, görevleri ve ilişkileri düzenleyen, çocuğun topluma ve devlete karşı haklarını koruyan ve düzenleyen bir hukuk dalıdır ve bunlara ilişkin kuralları belirler. Devlet çocuğu korumakla yükümlüdür zira çocuğun dış etkenlere ve yeri geldiğinde anne ve babasına karşı da korunması gerekebilir. Devlet bu durumda kendiliğinden harekete geçerek müdahale etmek ve çocuğu korumakla yükümlü olur. Bu bağlamda çocuk hukuku, çocuk haklarını özel hukuk, kamu hukuku ve uluslararası hukukta koruyan bir yapıya sahiptir²⁹.

Çocuk hakları ise çocuk hukuku çerçevesinde vücutsal, zihinsel, duygusal, sosyal, ahlaki ve ekonomik yönlerden çocuğun korunmasını ve gelişmesini amaçlayan haklardır. Çocuk hakları “Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nde geniş olarak yer düzenlenmiştir. Burada haklar; yaşama hakları, gelişme hakları, korunma hakları ve katılma hakları olmak üzere dört başlık altında korunmaktadır. Bu haklar esas itibarıyla insan hakları çerçevesinde çocukların korunmasını sağlayan özel nitelikli ve çocukların

²⁷ KILIÇ, Gelişim Dönemleri 2, s. 145-147. Bir düşünceye göre, ergenlik dönemi kanunlarda neredeyse hiç dikkate alınmamaktadır. Ergenlere yönelik hakların, sorumlulukların ve yükümlülüklerin artırılmasına ilişkin hükümler getirildiğinde bunun onlar için olumlu sonuçları olacağı belirtilmiş, ergenlerin kimi zaman bağımlı, savunmasız, beceriksiz ve korunmaya muhtaç kişiler olarak, kimi zaman ise kendine yeten, sorumluluk sahibi, yetkin ve olgun yetişkinler olarak görülmesinin ikili bir durum yarattığı vurgulanmıştır. REID, Suzan A.: “Age Of Responsibility”, (Ed: William J. CHAMBLISS), Juvenile Crime and Justice, Sage Publishing, Los Angeles 2011, s. 3.

²⁸ SEROZAN, 14.

²⁹ AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku – Çocukların Hakları ve Korunması, 6. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2018, s. 4-5.

ihtiyaçlarına göre düzenlenmiş řekildedir³⁰. ocuk hakları, tıpkı *Jellinek*'in temel hak ve özgürlükler sınıflandırması gibi üçlü bir ayrımla ele alınmıştır. Negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü (katılım) hakları olarak yapılan bu ayrımla, çocuklara özgü bazı temel haklar daha belirgin hale getirilmiřtir³¹.

2.1.3.1 Tarihsel Gelişim

Eski alardan bu yana, ocuk her zaman için toplumsal anlamda ilgi çeken bir konu olmuştur. Her ne kadar toplumdan topluma ve dönemden döneme değişse de kimi zaman ekonomik bir yarar sağlayan varlık, kimi zaman ise bir yük olarak görülebilen çocuklar hakkında bir koruma sistemi geliştirilmiş değildi. İlk alarda aileler hayatta kalma mücadelesi verdiklerinden çocuklarını doğru bir şekilde koruyamamışlar, güçsüz bebek ve çocukları terk etmişlerdir. İlerleyen dönemlerde çocuklar tarımsal aile işletmelerinde ocuk işçi olarak çalışmış, ucuz iş gücü ve cinsel sömürünün bir parçası haline gelmişlerdir. Hatta ocukların besleme veya evlatlık olarak biyolojik ailelerinden alınıp bir nevi hizmet gören kişiler haline gelmeleri, uyuşturucu madde kuryesi, dilenci, canlı organ vericisi olarak kullanılmaları da söz konusu olmuřtur³².

Çocuğun statüsünün toplumsallaşmayla birlikte farklı aılarda konumlandırılması söz konusu olmuştur. ocuk bir yandan kendini ifade eden, hayatta etkin rol oynayan ve

³⁰ AKYÜZ, s. 6.

³¹ SEROZAN, s. 6-7.

³² SEROZAN, s. 16-17. ATİLA DEMİR, Sevim: “ocukluğun Sosyolojik Serüveni ve Toplumsal Kabulü”, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (AKSOS), (11), 2022, s. 55. KARADOğAN, 197 vd. Osmanlı'da çocukların ırac olarak çalıştırılması veya para karşılığında hizmeti olarak verilmesine dair detaylı bilgi için bkz. ARAZ, Yahya: 16. Yüzyıldan 19. Yüzyıl Başlarına Osmanlı Toplumunda ocuk Olmak, Kitap Yayınevi, İstanbul 2013, s. 142 vd. Çocuğun bir dönem yetişkinlerden ayrılmaması, çocuklara 5 yaşından itibaren yetişkin gibi davranılması nasıl ki çocuğa karşı olumsuz düşüncelerin bir sonucuysa, sanayileşme sonrasında çocuğun işgücünden ve emeğinden faydalanılmasının ve çocuğun sömürülmesinin de aynı şekilde çocuğa karşı olmuşuz algıların devam etmesine yol açtığına dair görüş için bkz. ATİLA DEMİR, s. 64.

bağımsız bir birey olarak toplumsal bir role sahip olmaya çalışırken, diğer yandan topluma uyum sağlayan ve genel olarak itaatkâr bir çocuk rolü üstlenmektedir. Aslında bu durum, çocuğun hem etkin hem de edilgen bir şekilde toplumsal hayatta yer almasını sağlamaktadır³³.

Ortaçağ'da çocukluk kavramının ve buna bağlı olarak çocukluk farkındalığının bulunmadığını ifade eden düşünür *Ariès*, modern dünyadaki gibi yetişkin-çocuk ayrımının bu dönemlerde kabul edilmediğini belirtmektedir. O dönemde kullanılan dilde de "çocuk" kavramının bugünkü anlamını taşımadığı, küçük çocukların yok sayıldığı, sanat eserlerinde dahi kendilerine yer bulamadıkları, kısacası toplumsal hayatta görünmez oldukları ifade edilmektedir³⁴. Çocukların 5 yaşından itibaren yetişkinlerin dünyasına dahil olabildikleri, yetişkinlerle aynı sosyal hayatı (giyim tarzı, oyunlar, şarkılar, öyküler, şakalar, çalışma alanları, kumar ve içki gibi) paylaştıkları, aile yaşamındaki mahremiyetin bugünkü gibi olmadığı, hatta bebekler ve çocukların bazı zamanlarda cinsel amaçlı olarak

³³ ATİLA DEMİR, s. 56-57. Çocuk sosyolojisinde yer alan üç temel yaklaşıma göre; geleneksel teorilerde çocuklar yetişkinlerin çizdiği çerçeve içerisinde yaşarlar ve pasif konumdadırlar. Yapılandırmacı ve yorumlayıcı teorilerde ise çocuğun rolü daha fazladır ve toplumsal yaşama aktif olarak katılmalarını destekler. SORMAZ, Fulya/YÜKSEL, Hülya "Değişen Çocukluk, Oyun ve Oyuncanın Endüstrileşmesi ve Tüketim Kültürü", Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 3(11), 2012, s. 987. Konuyla ilgili sosyolojik açıdan detaylı değerlendirmeler için bkz. CORSARO, William A.: The Sociology of Childhood, 5th Edition, Sage Publications, Los Angeles 2018, s. 7-24.

³⁴ ARIÈS, Philippe: Centuries of Childhood: A Social History of Family Life, Alfred A. Knopf, New York 1962, s. 28. Bununla birlikte yazar, bir Ortaçağ metni olan "*Le Grand Propriétaire de toutes*"de çocukların yaşlarına göre çeşitli çağlara ayrıldığından bahseder. Metne göre, doğumdan 7 yaşına kadar olan süreç bebeklik dönemi birinci çağ, 7-14 yaş arası "*pueritia*" dönemi ikinci çağ, 14-21 yaş arası ergenlik dönemi (farklı kaynaklara göre üst sınır 28 veya 35'e kadar çıkabiliyor ve kişinin çocuk sahibi olabilecek kadar büyümesinden dolayı bu ismin verildiği söyleniyor) üçüncü çağ, bundan sonra gelen ve 45 ya da 50 yaşına kadar süren, gençlik dönemi adı verilen dördüncü çağ (kişinin kendine ve başkalarına yardım etme gücünden dolayı bu çağa gençlik isminin verildiği belirtiliyor), 45-50 yaşından yaşlılık dönemine kadar olan süreç ciddiye dönemi, ardından gelen ve ölüncüye kadar devam eden süreç ise yaşlılık olarak adlandırılmıştır. ARIÈS, s. 21-22. GANDER, Mary J./GARDINER, Harry W.: Çocuk ve Ergen Gelişimi (Çev. Ali DÖNMEZ, H. Nermin ÇELEN, Yayına Haz. Bekir ONUR), 8. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2015, s. 26. Ailelerin çocuklarını küçük yaşlarda kaybetmelerinden ve bebek ölüm oranının çok yüksek olmasından dolayı, onlara çok bağlı olmadıkları da ifade edilmektedir. Bkz. GANDER / GARDINER, s. 27.

kötüye kullanıldıkları, yetişkinler tarafından cinsel eylemlere dahil edildikleri belirtilmiştir³⁵.

Rönesansla birlikte çocuğun refahına yönelik ilgi artış göstermeye başlamış ve çocukların toplum tarafından korunması gerektiği yönünde görüşler ortaya çıkmıştır. Bir dönem, çocukların günahla doğdukları düşüncesinin bir sonucu olarak çocuklar, katı bir disiplinle yetiştirilmişlerdir. *Locke* ve *Rousseau* ise çocukların masum doğdukları ve bu andan itibaren yetiştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Örneğin; *Locke*'a göre çocuklar doğduklarında bilgi ve fikre sahip olmadıklarından, yani zihinleri boş bir levha gibi olduğundan, bir erdem ya da günahla doğmazlar ve bu nedenle yetiştirilme aşamaları çok önemlidir. Diğer yandan *Rousseau* ise çocukların iyi olarak doğduklarını, çevreden edindikleri bilgiler, keşif yöntemi ve etkileşim yoluyla öğrendiklerini savunmuştur³⁶.

Sanayileşme öncesinde çocuğun kendine özgü bir birey olduğu fikri henüz yaygınlaşmamışken, çocukların yetişkinler gibi giydirilmesi, çocuklara yetişkin gibi davranılması söz konusuyken; sanayileşmeden sonra ise ortaya çocuk işçiliği kavramı çıkmıştır. Bununla birlikte, çocuk emeğinin sömürülmesi ile savaş dönemlerinde çocukların çok fazla etkilenmesi, onların korunmasına yönelik bazı farkındalıkların oluşmasına imkân sağlamıştır³⁷. 17. yüzyıldan itibaren Rönesans ve Aydınlanma Çağı'nın da bir sonucu olarak, çocukların yetişkinlerden farklı olduğu düşüncesi

³⁵ GANDER/GARDINER, s. 28.

³⁶ *Locke* ve *Rousseau*'nun görüşleriyle ilgili bkz. ONUR, Bekir: Türkiye'de Çocukluğun Tarihi, İmge Kitabevi, Ankara 2005, s. 24-25. ÖZTAN, Güven Gürkan: Türkiye'de Çocukluğun Politik İnşası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, s. 24-26. ATİLA DEMİR, s. 58-61. GÜÇLÜ, Sevinç: "Çocukluk ve Çocukluğun Sosyolojisi Bağlamında Çocuk Hakları", Sosyoloji Dergisi, Armağan Sayısı, 2016, s. 4-6.

³⁷ ATİLA DEMİR, s. 64. Örneğin; Victoria döneminde 4-5 yaşlarındaki çocuklar herhangi bir ücret verilmeden ayaklarından zincirlerle bağlanarak bir iplik fabrikasında çalıştırıldığı ifade edilmiştir. 1842 yılında hazırlanan bir kraliyet raporunda ise 5-10 yaşlarındaki çocukların maden ocaklarında kömür işçisi olarak çalıştırıldığına dair bilgilerin yer aldığı aktarılmıştır. Bkz. KARADOĞAN, s. 206.

gelişmeye başlamıştır. Özellikle ilk çağlardan itibaren çocuklara atfedilen çeşitli sıfatlar ve konumlar dolayısıyla olumsuz olarak nitelendirilen bu dönemin sona ermesiyle çocukların da hak sahibi olmasının önü açılmaya başlamıştır³⁸. 18. yüzyılın ortalarına doğru, çocukların kendilerine özgü ve rahat giysiler giymesi, yetişkinlerden farklı ve çocuklara uygun oyuncaklara sahip olabilmesi, cinsellikten uzak tutulması, kardeşlere ayrı isimler verilmesinin çocukluk düşüncesindeki değişimin modern çağ ile birlikte önemli kabul edilebilecek mihenk taşları olduğu şeklinde yorumlanmıştır³⁹.

Türkiye’de çocukluk tarihinin tarihçiler tarafından rağbet görmediği, hatta akademik dışı, gayri ciddi görüldüğü, çocuk tarihi ile ilgili kaynakların dağınık ve yetersiz olması sonucunu doğurduğu, bu durumun küçümseyici bir tavra yol açtığı ve son yıllarda yapılan çalışmalar doğrultusunda bu fikirden uzaklaşmaya başlandığı düşünülmektedir⁴⁰. Özellikle Osmanlı’da aile, kadın ve toplumsal cinsiyet üzerine yapılan çalışmaların çocukları dolaylı da olsa kapsadığı, mahkeme kayıtları ve fetvalara dayanılarak Osmanlı’daki aile yapısının incelendiği ve bu sayede çocuklarla ilgili bilgiler edinilmesine imkân verdiği ifade edilmiştir. Ancak yine de çocukların bu dönemdeki yaşantılarına ilişkin halen çok fazla bilginin edinilemediği vurgulanmıştır⁴¹.

³⁸ *Aristo*’nun; çocukların tehlikelere açık, aklını kullanamadığı, erdem ve karakter sahibi olamadığı bir dönem olduğu için yaşamdaki en olumsuz dönemin çocukluk olduğu ve kendi hallerine bırakıldığında mutsuzluk içinde olacakları düşüncesi de aslında çocuklar hakkındaki ilkel düşüncelerin son derece olumsuz olduğunu göstermektedir. *Aristo* ayrıca, çocukların akıldan yoksun olmaları ve seçim yapma yetenekleri bulunmadığı gerekçesiyle köleler gibi babalarına ait olduğu ve denetim altında kalmaları gerektiğini ifade etmiştir. YOUNG – BRUEHL, Elisabeth: *Çocuk Düşmanlığı: Çocuklara Karşı Önyargıyla Yüzleşme* (Çev. Bora AKSU), İletişim Yayınları, İstanbul 2021, s. 31-32. ATİLA DEMİR, s. 58. Örneğin Fransa’da babaların kendilerine kötü davranan çocukları özgürce cezalandırabilmesi 1639’da yayınlanan bir bildiri ile uygulanabilir olmuştur. Bu durumun çocuklar ile ebeveynlerin arasında duygusal bir bağın kurulamamasına neden olduğu şeklinde yorumlanmıştır. GÜÇLÜ, s. 4. ÖZTAN, Politik İnşa, s. 20.

³⁹ ÖZTAN, Politik İnşa, s. 21-22.

⁴⁰ ARAZ, s. 11-12.

⁴¹ ARAZ, s. 17-18.

Örneğin Osmanlı’da ancak 19. yüzyılda toplumsal hayata etki eden Batılı yaşam tarzıyla birlikte çocukların hayatında da birtakım değişikliklerin olmaya başladığı; bundan öncesinde ise çocukların toplumda ayrı bir konumlarının bulunmadığı, her ne kadar sosyal yaşantıda daima var olsalar da çocuğun kendine has ihtiyaçları olduğu düşüncesinin hakim olmadığı, gündelik hayata ilişkin kaynaklarda çocuklara çok az yer verildiği veya hatta kimi zaman hiç yer verilmediği, çocuklara dair bilgilerin genellikle üst düzey bürokratlar veya saray eşrafının çocuklarından elde edildiği, sıradan Osmanlı çocuklarının dahi gündelik yaşamlarına dair çok fazla bilgi sahibi olunmadığı ifade edilmiştir⁴².

Günümüzde çocukluk sosyolojisinin gelişiminde kadın çalışmalarının rolünün son derece önemli olduğu, çocukluğun kategorik olarak sınıflandırılmayacağı ve her çocuk açısından bu dönemlerin sübjektif bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte, çocukların ihtiyaçlarından haberdar olmak, onları toplumla etkileşime giren, istek ve ihtiyaçları olan bireyler olarak kabul etmenin ve bunu yaparken de hukuki süreçler ile sosyal politika ekseninde hareket edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴³. Çocukların sosyal hayatta daha aktif bir şekilde varlıklarını sürdürmeyi ve onların bireyselliğini ön plana çıkarmayı amaçlayan “yeni çocukluk sosyolojisi” kavramı İngiltere’de 1980’li yıllarda ortaya konmuş ve aynı zamanda çocuk haklarını da

⁴² OKAY, Cüneyd: Osmanlı Çocuk Hayatında Yenileşmeler (1850-1900), Kırkambar Yayınları, İstanbul 1998, s. 26-27. Çocukların o dönemki görsel eserlerde, örneğin resim, gravür gibi çalışmalarda çok nadiren yer aldığı, bu eserlerde de çocukların giysilerinin yetişkinlerle son derece benzer olduğu, bu durumun çocukların gündelik yaşantısında da söz konusu olabileceği yorumu yapılmış ve bu nedenle çocukların Tanzimat Dönemi’ne kadar küçük yetişkinler olarak görüldüğü ifade edilmiştir. OKAY, s. 27-28. Tanzimatla birlikte özellikle eğitim alanında Batılılaşma yolunda son derece önemli değişikliklerin yapıldığı aktarılmış, Avrupalı bir eğitim yönteminin tercih edildiği belirtilmiştir. OKAY, s. 31 vd.

⁴³ ATİLA DEMİR, s. 64, 66-67.

vurgulayan bu düşünce, çocukların merkeze alındığı çözüm önerileri getirerek çocukların görünürlüğünü artırmayı ve çocuk haklarını korumayı hedeflemektedir⁴⁴.

Zaman içerisinde sosyal devletin çocuğu koruyucu müdahaleleriyle birlikte, ailenin çocuğa karşı bir bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmiş, devletin bu konuda aktif bir denetim rolü almasının ve çocuğun yararına yönelik kanuni düzenlemelerin yapılmasının önünü açmıştır. Bununla birlikte 20. yüzyılın başlarındaki dünya savaşlarıyla çocukların korunması ihtiyacı daha da ön plana çıkmış ve kimsesiz, yoksul, evlilik dışı çocukların koruma altına alınabilmesi için çocuk hakları kavramı hukuk dünyasında kabul edilmeye başlanmıştır⁴⁵. Ataerkil aile düzeninden katılımcı ve demokratik aile düzenine geçiş başladığından bu yana, çocuklar kendileriyle ilgili verilen aile içindeki kararlara katılmaya ve hatta söz sahibi olmaya başlamış, daha özerk bir şekilde kendini ifade edebilme imkânı kazanmışlardır. Çocuklar sahip oldukları kendilerine özgü statüden dolayı çocukların kendileriyle ilgili haklar bütününe ihtiyaç duyulmuştur. Bu çerçevede, insan hakları ile anayasada bulunan temel hak ve özgürlüklerin 18 yaşından küçük çocuklara tanınmasıyla çocuk hakları kavramı hukukta yerini almıştır⁴⁶.

⁴⁴ ATİLA DEMİR, s. 67. “Yeni çocukluk sosyolojisi” kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. AYDOĞMUŞ ÖRDEM, Özlem: “Türkiye’de Çocukluk Sosyolojisi”, OPUS International Journal of Society Researches, 16(31), 2020, <https://doi.org/10.26466/opus.727041> (e.t. 02.03.2024), s. 4476 vd.

⁴⁵ AKYÜZ, s. 21-22. Çocuğun Roma’dan bu yana tarihsel süreç içerisindeki konumu ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. SEROZAN, s. 15-22.

⁴⁶ SEROZAN, s. 9-19. Türkiye’deki çocukluk sosyolojisinin tarihine dair detaylı bilgiler için bkz. AYDOĞMUŞ ÖRDEM, s. 4472-4476. Fransız düşünür *Léon Duguit*’nin hakları “sübjektif hukuk” olarak tanımlayarak, çocuklar hakkında şöyle bir çıkarım yaptığı aktarılmıştır: “...ancak kendi varlığını bilen irade sahibi kimseler sübjektif hukuk sahibi olabilirler... bunun için de insanların bilinçli bir irade sahibi olmaları gerekir. Bundan dolayı henüz olgunluk çağına gelmemiş olan çocuklar ... sübjektif hukuk sahibi olamazlar.” DUGUIT, Leon: Kamu Hukuku Dersleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, (Çev. Süheyy DERBİL), Ankara 1954’ten doğrudan alıntı yoluyla aktaran GÜLGEÇ, Yahya Berkol: “Özne, Hukuk ve Hak”, AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 28(2), 2024, s. 440. *Gülgeç*, *Duguit*’nin bu çıkarımını eleştirmiş, irade sahibi olmak ile irade sahibi olarak kabul edilmek arasında farklılıklar bulunduğunu, hukuk sisteminin belirli eylemleri gerçekleştirmek için öngördüğü yaşa henüz ulaşmamış olması nedeniyle irade

2.1.3.2 Uluslararası / Ulusal Üstü Belgelerde Çocuk Hakları

Çocuk hakları insan hakları hukukunun ayrılmaz bir parçasıdır. Çocuklar hakkında özel düzenlemelerin bulunmasının sebebi ise çocukluk dönemindeki insanların korunma ve gelişme ihtiyaçları bakımından özel bazı haklara sahip olması ihtiyacından kaynaklanmaktadır⁴⁷. Çocuk haklarının yalnızca ulusal metinlerle korunması her zaman yeterli değildir. Ulusal hukuki düzenlemelerin mutlaka uluslararası hukuki korumalarla desteklenmesi gerekmektedir. Zira çocuk haklarını düzenleyen bu uluslararası metinler insan hakları çerçevesinde kaleme alınmıştır ve aynı zamanda insan haklarını da korumaktadır, çünkü çocuk hakları ne ölçüde genişletilir ve geliştirilirse, bunun yetişkinlere yansımaları da aynı ölçüde olacaktır⁴⁸. Burada hakların karşılıklı bir ilişki içinde olduğu ifade edilmiş ve temel insan haklarının çocuklara yansımalarıyla çocuk

sahibi olamayacağı iddia edilen kişilerin hak sahibi de olamayacakları yönündeki düşüncenin hatalı olduğunu savunmuştur. Konuyla ilgili bkz. GÜLGEÇ, s. 440-441. *Duguit* esasen objektif hukuk ve subjektif hukuk ayrımını kabul etmemiş; Arapçada objektif hukuk için “kanun”, subjektif hukuk için ise “hak” kavramlarının; İngilizcede de objektif hukuk için “law”, subjektif hukuk için de “right” kavramlarının kendisine aktarıldığını ifade etmiştir. Hukuk kavramının bir kuralı ya da hareket yeteneğini ifade ettiğini, bunların ayrılabilmesi için ise objektif hukuk ve subjektif hukuk kavramlarının ortaya atıldığını belirtmiştir. DUGUIT, Leon: Kamu Hukuku Dersleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, (Çev. Süheyp DERBİL), Ankara 1954, s. 17. Subjektif hukukun açıklanmasında ise çeşitli teorilerin bulunduğu aktarılmıştır. İrade teorisine göre; subjektif hukuk bir irade gücüdür ve bir kişinin iradesinin başka kişilerden daha güçlü olması sonucunda, bu diğer kişiler üzerinde bir hakimiyet kurabiliyorsa, o kişinin subjektif hakkının olduğu savunulmuştur. Ancak bu teori, irade gücü olmayanların, örneğin çocukların, subjektif hukuk yani hak sahibi olamayacakları çıkarımının yapılabilmesine neden olacağından dolayı eleştirilmiştir. Menfaat teorisinde ise, subjektif hukukun var olabilmesi için kanun tarafından korunması yeterlidir. Dolayısıyla çocukların da bu sayede subjektif hukuk yani hak sahibi olabilmeleri mümkün kabul edilebilecektir. Bu teori de çeşitli gerekçelerle eleştirilmiştir. *Duguit*, subjektif hukuk kavramının kullanılmaması taraftarıdır. Hukuk sisteminin subjektif haklar yaratmadığını ancak objektif veya subjektif hukuki durumlar oluşturabileceğini ve bu durumların da korunacağını savunmaktadır. DUGUIT, s. 24. *Duguit*, yalnızca irade sahibi ve aklı başında olarak adlandırdığı insanların hukukun öznesi olabileceğini öne sürmüştür. Çocukların bilinçli bir iradeleri olmadığından dolayı hukuk öznesi olamayacaklarını, ancak küçük bir ihtimal de olsa subjektif hukuka dayanak teşkil edebilecek kısmi iradelerinin olabileceğini de kabul etmiştir. Ancak bunun bile kurgusal bir durum olduğunu, zorlayıcı bazı hallerde kabul edilebileceğini savunmuştur. DUGUIT, s. 46-48.

⁴⁷ USTA, Çocuk Hakları, s. 1.

⁴⁸ SEROZAN, s. 8.

haklarının ortaya çıktığı, çocuk haklarının gelişmesiyle birlikte, insan haklarının bu sayede daha da çeşitleneceği tespiti yapılmıştır.

Uluslararası hukukta çocuk hakları ele alındığında, temel olarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ve Avrupa Konseyi'nin hukuki düzenlemeleri görülmektedir. Uluslararası hukuk açısından çocuk haklarını düzenleyen ilk uluslararası metin "Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi" olmakla birlikte, bu konudaki en temel metin, "Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"dir. Çocukların ihmal, istismar ve her türlü kötü muameleye maruz kalmasının önlenmesine dair evrensel ilkelerin yer aldığı bu sözleşmeye daha sonrasında çeşitli özel konularda ek protokoller⁴⁹ de eklenmiştir.

2.1.3.2.1 Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi

Milletler Cemiyeti'nde 26 Eylül 1924 tarihinde kabul edilen "Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi" (Diğer adıyla Cenevre Bildirgesi) "*Tüm ulusların erkek ve kadınları, insanlığın ırk, milliyet veya inançla ilgili tüm hususların ötesinde ve üstünde olarak, çocuğa verebileceğinin en iyisini borçlu olduğunu kendi görevleri olarak ilan ve kabul ederler*" beyanı ile çocuk haklarına ilişkin bir başlangıç ifade edilmiştir. Beş maddeden oluşan Bildirge, aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

- "*Çocuğa hem maddi hem de manevi açıdan normal gelişimi için gerekli imkanlar sağlanmalıdır.*"

⁴⁹ Bu protokollere örnek vermek gerekirse; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 25/05/2000 tarih ve 54/263 sayılı Kararıyla kabul edilen ve 18/01/2002 tarihinde yürürlüğe giren "Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol", Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Mayıs 2000 tarih ve 54/263 sayılı kararıyla kabul edilen ve 12 Şubat 2002 tarihinde yürürlüğe giren "Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmaları Konusundaki İhtiyari Protokol" gibi protokoller bunlardandır. Detaylı bilgi için bkz. "Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve İhtiyari Protokoller, Usul Kuralları ile Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorumları", <https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/CHDS%20ve%20İhtiyari%20Protokoller.%20Usul%20Kuralları%20ile%20Çocuk%20Hakları%20Komitesi%20Genel%20Yorumları.pdf> (e.t. 06.12.2024).

- *Aç olan çocuk beslenmeli, hasta olan çocuk bakılmalı, geri kalmış olan çocuğa yardım edilmeli, suça sürüklenen çocuk rehabilite edilmeli, yetim ve kimsesiz çocuklar barındırılmalı ve onlara yardım edilmelidir.*
- *Sıkıntılı zamanlarda yardıma ihtiyacı olan ilk kişi çocuk olmalıdır.*
- *Çocuğun geçimini sağlayacak duruma getirilmesi ve her türlü sömürüye karşı korunması gerekir.*
- *Çocuk, yeteneklerini insanlığa hizmet etmek için kullanma bilinciyle yetiştirilmelidir”⁵⁰.*

Bildirge metnine bakıldığında, çocuğun korunmasını önceliklendirdiği görülmekle birlikte, çocuğun yardıma ve bakıma muhtaç bir birey olduğu vurgulanmaktadır. Metinde çocuğun tanımı yapılmamış, hangi yaş aralığındaki kişilerin bu koruma kapsamında kalacağına dair bir ifadeye yer verilmemiştir.

Dikkat çeken başka bir nokta ise, bildirgenin devlete yükümlülükler yüklemek yerine, tüm insanlığın çocuklar üzerinde yükümlülüğünün olduğunu ifade etmesidir. Metin bir tavsiye niteliğindedir ve bağlayıcı yükümlülükler içermemektedir. Daha çok temenni üzerine kurulu olan metinde çocuklar tam olarak milletlerarası hukukun öznesi olarak değil korunması gereken bireyler olarak kabul edilerek kaleme alınmıştır. Buna rağmen Bildirge, çocuk hakları konusunda uluslararası ilk belge olarak tarihteki yerini almıştır⁵¹.

⁵⁰ Geneva Declaration of the Rights of the Child, <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm> (e.t. 25.02.2024).

⁵¹ Görüşler ve konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. ALGAN, Müberra: Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 207-208. İkinci Dünya Savaşı’nın başlamasıyla Bildirge’nin geçerliliğini yitirdiğine dair düşünce için bkz. GENÇCAN, Ömer Uğur: Çocuk Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 173. Yazar bu konuda yalnızca görüşünü bildirip herhangi bir açıklama ifade etmemiştir. Kanaatimizce, her ne kadar devletler için bağlayıcı bir niteliğe sahip olmasa da Bildirge’nin çocuk haklarını düzenleyen ilk belge olması nedeniyle diğer düzenlemelere kaynaklık ettiği ve çocuğu koruyucu niteliklere sahip olması dolayısıyla önemini yitirdiği söylenemeyecektir.

2.1.3.2.2 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi

Çocukların yalnızca korunmaya muhtaç varlıklar olmadığını ifade eden, onların haklardan ve özgürlüklerden yararlanmalarının önünü açan ve onları pasif konumda bulunan varlıklar olmaktan çıkarıp birer hak öznesi olarak kabul edilmelerini sağlayan nitelikte kaleme alınmış bir dile sahip olan “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi”, çocuk haklarına yönelik önemli bir adımın ve buna bağlı olarak çocuk hakları konusundaki anlayış değişiminin bir sonucu olarak 20 Kasım 1959 tarihinde kabul edilmiştir⁵².

On ilkedен oluşаn bildirgenin giriş kısmında, çocuğun ihtiyaç duyduğu koruma ve güvencelerin 1924 tarihli “Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi”nde düzenlendiğı, ancak “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi”yle birlikte çocuk haklarının düzenlendiğı ayrı bir metne gereksinim duyulduğu düşüncesiyle yeni ve kapsamlı bir bildirge hazırlamanın ve bu anlamda insanlığın çocuklara verebileceğinin en iyisini vermekle borçlu olduğundan bahsedilmiştir. Bu kapsamda; hukuki düzenlemeler yapılırken çocuğun üstün yararının önemle dikkate alınması gerektiğı vurgulanmış, sağlık içinde büyüme ve gelişme, tıbbi hizmetlerden yararlanma hakkına sahip olacağı ifade edilmiş, çocuğun yüksek yararının, onun eğitiminden ve yönlendirilmesinden sorumlu olanların yol gösterici ilkesi olacağı ve bu sorumluluğun ilk etapta çocuğun ebeveynlerine ait olduğu belirtilmiştir⁵³.

⁵² ALGAN, s. 209-212.

⁵³ Bu kısımda, bildirgenin yalnızca çalışma konusuyla bağlantılı olan kısımlarına yer verilmiş olup tam metin için bkz. Declaration of the Rights of the Child, <http://www.un-documents.net/a14r1386.htm> (e.t. 25.02.2024).

2.1.3.2.3 Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

“Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi” ve “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi”, çocuk haklarını düzenleyen ilk uluslararası nitelikteki belgeler olmakla birlikte, devletler açısından bağlayıcı bir niteliğe sahip değildi. Bu nedenle de taraf devletler açısından bağlayıcı olabilecek, uygulanmaması halinde yaptırımlarla karşılanabilecek, çocuk refahını sağlamak amacıyla temel insan hakları çerçevesinde medeni, sosyal, kültürel, siyasi ve ekonomik haklar gibi birçok hakkı kapsayıcı bir sözleşmeye ihtiyaç duyulmuştur⁵⁴.

54 maddeden oluşan ve çocuğun onuru ile saygınlığının en üstün değer olduğunu başlangıç kısmında ifade eden, çocukların yetişkinlerden farklı olarak gelişme halindeki bireyler oldukları için bazı özel haklara sahip olmaları gerektiğini belirterek “gelişme hakkı”nı vurgulayan⁵⁵ Sözleşme, 20 Kasım 1989’da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda kabul edilmiştir.

Sözleşmenin 2. maddesinde ayrımcılık yasağı, 3. maddesinde çocuğun yararı, 6. maddesinde çocuğun yaşam hakkı ve devlete yüklenen yükümlülükler, 12. maddesinde çocuğun görüşlerini serbestçe ifade edebilme hakkı, 14. maddesinde çocuğun düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, 16. maddesinde çocuğun özel hayatının gizliliği, 18.

⁵⁴ ALGAN, s. 213 vd. Sözleşme, “Çocukların Magna Charta”sı olarak da adlandırılmıştır. Bkz. SEROZAN, s. 49. Ayrıca Sözleşmede devletler üstü bir yargısal başvuru makamının öngörülmemiş olması ve hükümlerin tek başına bağlayıcı olmayıp, ulusal hukuk normlarının yorumlanmasına yol gösteren niteliğe sahip olması nedeniyle eleştirilmiştir. Eleştiriler için bkz. SEROZAN, s. 49-50.

⁵⁵ ALGAN, s. 216. Sözleşmedeki haklar, insan haklarının çocuklar için de tanınmasından ibaret değildir. Temel insan haklarının yanında, çocuklara özgü bazı haklar da özel olarak bu sözleşmede yer almaktadır. Örneğin; oyun oynama, eğitim alma, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmama, cinsel istismardan korunma, askere alınmama, kendisini ilgilendiren konularda görüşünü bildirme gibi bazı haklar bunlardandır. SEROZAN, s. 8-9. Sözleşmenin, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’yle herkes için tanınan hak ve özgürlüklerin çocuklar için ne ifade ettiğinin açıklanması ve bunların çocuklara nasıl uygulanacağına dair kuralları içerdiğine ilişkin düşünce için bkz. EKİZ, Serkan: “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Katılım Hakkı”, İzmir Barosu Dergisi, 86(2), 2021, s.194.

maddesinde anne - babanın, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişiminin sağlanmasında çocuğun yüksek yararı çerçevesinde hareket etmesi gerekliliği, 24. maddesinde çocuğun sağlık hakkı düzenlenmiştir⁵⁶.

Sözleşmenin 12. maddesinde düzenlenen ve bu çalışma bakımından son derece önemli bir niteliğe sahip olan çocuğun görüşlerini serbestçe ifade edebilmesi, daha önce hiçbir uluslararası metinde ifade edilmemiş olması nedeniyle bu sözleşme açısından önem taşımaktadır. Bu düzenleme sayesinde çocuklar hukuk önünde yetişkinler gibi irade özgürlüğüne sahip, kendileri hakkında alınan kararlara katılma hakkını kullanarak hayatı yetişkinlerin aldığı kararlar çerçevesinde yaşamak zorunda olma sınırını aşır yaşı ve olgunluğu düzeyinde kendi geleceğiyle ilgili söz söyleyebilecek konuma ulaşmışlardır. Bu düzenleme aynı zamanda çocuğun onur ve saygınlığının en üst seviyede tutulacağını vurgulandığı başlangıç kısmıyla da uyumludur⁵⁷.

Sözleşmenin 24. maddesi ise çocuğun sağlık hakkını düzenlemektedir. Bu kapsamda, taraf devletlere, çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşması, tıbbi

⁵⁶ Sözleşme 54 maddeden oluşmaktadır. Bu nedenle, çalışma kapsamının dışına çıkmamak amacıyla yalnızca konuyla bağlantılı olan maddeler ele alınmıştır. Ayrıca, Sözleşmenin 2. maddesinin, 18 yaşından küçük çocuklar için temel hak ehliyetine dair ek bir güvence sağladığı yönündeki görüş için bkz. GÖREN, s. 133. *Gören*'e göre, bu madde sayesinde TMK'nın 8. maddesinde yer alan ve hak ehliyetinin bir kaynağı kabul edilen hükme başvurmaya gerek kalmamıştır. GÖREN, s. 133. TMK'nın 8. maddesi şu şekildedir: *"Her insanın hak ehliyeti vardır.*

Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler." Sözleşmenin 2. maddesi ise şu şekildedir:

"1- Taraf Devletler, bu Sözleşme'de yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana-babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanır ve taahhüt ederler.

2- Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, yasal vasilerinin veya ailesinin öteki üyelerinin durumları, faaliyetleri, açıklanan düşünceleri veya inançları nedeniyle her türlü ayırma veya cezaya tâbi tutulmasına karşı etkili biçimde korunması için gerekli tüm uygun önlemleri alırlar." Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, <https://www.unicef.org/turkiye/cocuk-haklarına-dair-sözleşme> (e.t. 19.06.2024).

⁵⁷ ALGAN, s. 218. Sözleşmenin 12. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: *"Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar."* Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, <https://www.unicef.org/turkiye/cocuk-haklarına-dair-sözleşme> (e.t. 25.02.2024).

bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşlardan yararlanma hakkını tanınması, bütün çocuklara gerekli tıbbi yardımın ve tıbbi bakımın, temel sağlık hizmetlerinin geliştirilmesine önem verilerek sağlanması için yükümlülükler yüklenmiştir. Ayrıca, taraf devletlerin, çocukların sağlığı için zararlı geleneksel uygulamaların kaldırılması amacıyla uygun ve etkili her türlü önlemi alacakları da vurgulanmıştır⁵⁸. Bu madde özellikle sünnet uygulaması açısından önem teşkil edebilecek niteliktedir.

Sözleşme 14.09.1990 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti tarafından imzalanmış, 23.12.1994 tarihinde çekinceyle onaylanmasına karar verilmiştir ve 04.05.1995 tarihinden itibaren Türkiye’de yürürlüktedir⁵⁹. Çekince konulmayan hükümler ise Anayasa’nın 90. maddesi gereğince, iç hukuk yönünden bağlayıcıdır ve bu kapsamda kanunlarla bir ihtilaf olması halinde Sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekmektedir⁶⁰.

2.1.3.2.4 Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi

1996 yılında Strazburg’da imzalanan “Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”, çocuk haklarının ve çocuğun yüksek yararının korunmasını esas olarak hazırlanmıştır⁶¹. Adli merciler önünde karar alma sürecinde çocuğu ilgilendiren

⁵⁸ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, <https://www.unicef.org/turkiye/cocuk-haklarina-dair-sozlesme> (e.t. 25.02.2024).

⁵⁹ Çekince konulan maddeler 17, 29 ve 30. maddelerdir. Türkiye Cumhuriyet devleti bu hükümleri Anayasa ve Lozan Antlaşması hükümleri çerçevesinde yorumlama hakkını saklı tutarak Sözleşme’ye taraf olmuştur. ALGAN, s. 231. Gerekçe olarak ise Lozan Barış Antlaşması’nın azınlıklarla ilgili hükümleri ile Anayasa’nın devletin resmi dilinin Türkçe olduğuna dair 3. maddesi, Türkçeden başka hiçbir dilin eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dili olarak okutulamayacağı ve öğretilmeyeceğine dair 42. maddesi gösterilmiştir. ALGAN, s. 247.

⁶⁰ Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasındaki düzenleme şu şekildedir: “...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

⁶¹ Daha çok adli merciler önünde çocuğun haklarını düzenleyen ve çocuk haklarının bu kapsamdaki kullanımını hüküm altına almayı hedefleyen Sözleşme’nin 1. maddesinin 2. fıkrasına göre, “Sözleşmenin amacı, çocukların yüksek çıkarları için, haklarını geliştirmek, onlara usule ilişkin haklar tanımak ve bu

davalarda merciin uyması gereken kurallar da ayrıca Sözleşme’de yer almaktadır. Sözleşme’nin 6. maddesine göre, adli merci bu tür durumlarda karar almadan önce, çocuğun yüksek yararına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmeli, gerektiğinde çocuğun velisinden bilgi almalı, çocuğun yeterli idrak gücüne sahip olduğunun iç hukuk tarafından kabul edildiği durumlarda, çocuğun yargılama konusu olayla ilgili bütün gerekli bilgiyi edindiğinden emin olmalıdır. Ayrıca, çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalı, çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir. Son olarak ise, çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir⁶².

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Sözleşme’nin aile hukukunu ilgilendiren boşanma davaları, ayrılık davaları, çocukların velayetine ilişkin davalar, ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki kurulması, babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalarda uygulanacağını beyan etmiştir⁶³. Dolayısıyla, çalışma konusu kapsamında, özellikle velayete ilişkin hükümlerde çocuğun üstün yararı ile ilgili uyuşmazlıklarda Sözleşme’nin ilgili maddeleri uygulama alanı bulabilecektir.

hakların, çocukların doğrudan ve diğer kişiler veya organlar tarafından bir adli merci önündeki, kendilerini ilgilendiren davalardan bilgilendirilmelerini ve bu davalara katılmalarına izin verilmesini teminen kullanılmasını kolaylaştırmaktır.” Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklarininkullanilmasinailiskin.pdf (e.t. 16.11.2023).

⁶² Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, Madde 6, https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklarininkullanilmasinailiskin.pdf (e.t. 16.11.2023). ALGAN, s. 254.

⁶³ Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, Beyan Metni, https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklarininkullanilmasinailiskin.pdf (e.t. 16.11.2023).

2.1.3.3 Türkiye’de Çocuk Hakları

Türk hukukunda çocuk haklarına ilişkin düzenlemeler farklı kaynaklarda dağınık bir şekilde yer almaktadır. 1982 Anayasası, Türk Medeni Kanunu, Çocuk Koruma Kanunu, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Sosyal Hizmetler Kanunu gibi farklı kanunlarla çocuk hakları koruma altına alınmıştır. Ayrıca tıp mevzuatında tıbbi müdahaleler açısından rıza konusunda çocuklarla ilgili çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir⁶⁴.

2.1.3.3.1 1982 Anayasası

1982 Anayasası, devletin temel organlarını düzenlemesinin yanında ayrıca ülkede yaşayanların temel hak ve özgürlüklerine de yer vermektedir. Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlükler çocukları da kapsamakta⁶⁵, hatta bazı maddelerde çocuklara ayrıca değinilmektedir. Örneğin; Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesine göre, çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı hüküm altına alınmıştır⁶⁶.

1982 Anayasası’nda çocukların özel olarak korunduğu maddelere geçmeden önce, çocukların temel hak ve özgürlükleri nasıl kullanacakları veya bunlara sadece sahip olma

⁶⁴ AKYÜZ, s. 7-8. Bu düzenlemelerin bir kısmı çalışma konusunun kapsamı dışında kalmaktadır. Bu nedenle, çalışmada yalnızca konuyla bağlantılı mevzuata yer verilecektir. Tıp hukukuyla ilgili kaynaklara da ayrıca yeri geldiğinde değinilecektir.

⁶⁵ Genellikle insan hakları veya kişi hakları olarak ifade edilen bu haklar, yabancı-vatandaş ayrımına gidilmeksizin tüm insanlar için tanınmıştır. Dolayısıyla, insan olmak, bu hak ve özgürlüklerden yararlanmak için yeterli kabul edilmiştir. GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2020, s. 527. GÖREN, s. 115. Her ne kadar Anayasa’da özel olarak çocuklara yönelik bir ifade kullanılmasa da “herkes” ifadesinin çocukları da kapsadığı söylenebilecektir. ALGAN, s. 161-162.

⁶⁶ SEROZAN, s. 35. Bu madde ve Anayasa’nın 12. maddesinden, genel temel hak ehliyetinin varlığı çıkarımının yapılabilmesine dair bkz. GÖREN, s. 133.

durumlarının ele alınması önemlidir. Özellikle temel haklar açısından, temel hak ehliyeti ve temel hakları kullanma ehliyeti konusunda bir ayrım yapılmış ve farklı düşünceler ortaya atılmıştır. Özel hukukta yer alan hak ehliyeti ve fiil ehliyeti ayrımıyla paralel olduğu ifade edilen bu ayrım, temel hak ehliyeti temel hakkın sahibi olmak, temel hakları kullanma ehliyetinin ise bu hakların kimseye bağlı olmadan, çocuklar özelinde yasal temsilcinin katılımı olmadan, kullanılabilmesi anlaşılmaktadır. Bu çerçevede sınırlandırıcı olarak adlandırılan görüşe göre, temel hak ehliyeti doğumla, temel hakları kullanma ehliyeti ise erginlikle kazanılır. Bu ayrım, Anayasa’da yer verilmeyen bir ayrım olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Başka bir görüş ise, temel hak ehliyeti ile temel hakları kullanma ehliyetinin her ikisinin de doğumla başlaması gerektiğini öne sürmüş, gerekçe olarak ise korunan menfaatlerin, menfaat sahibi kişinin yaşına bağlı olmaması gerektiği düşüncesini sunmuştur⁶⁷. Bir diğer görüş, temel hakların kullanılması ehliyeti açısından çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının her olayda münferit olarak değerlendirilmesinin doğru olacağını ifade etmiş, farklı bir görüş ise hakları kullanma ehliyetinin yaşa bağlı olarak değişkenlik göstermesi gerektiğini savunmuştur⁶⁸. Tüm bu görüşlerin dışında şu söylenebilecektir ki, çocuklar temel hak ve özgürlükleri kullanırken bunların sahibi olup olmadıklarının bilincinde değildirler. Zira çocuk bunlarla ilgilenmez, yalnızca hakkı kullanmaya yönelik eylemi gerçekleştirir. Dolayısıyla temel hak ehliyeti

⁶⁷ Alman hukukunda ortaya atılan bu görüşleri aktaran GÖREN, s. 115. *Gören* bu ikinci görüşü “aşırı” olarak nitelendirmiştir.

⁶⁸ Yaşa bağlı olarak ayrım yapan görüşe göre, kayan yaş sınırı ve katı yaş sınırı şeklinde ikili bir ayrım yapılabilir. Kayan yaş sınırında, hak sahiplerinin bireysel olarak değerlendirilmesi ve karar yeteneklerinin esas alınması; katı yaş sınırında ise anlama ve karar verme yeteneğinin en baştan kanun koyucu tarafından belirlenmesi gerektiği öne sürülmüştür. Katı yaş sınırı da kendi içinde ikiye ayrılmış, insan onurunun dokunulmazlığı, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü, kişi özgürlüğü gibi çok temel haklarda ehliyet koşulunun aranmayacağı; özel hukuka bağlı olarak kullanılan haklarda ise medeni hukuk esas alınarak buradaki yaş sınırlarının ehliyet açısından değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur. Alman hukukunda ortaya atılan bu görüşleri aktaran GÖREN, s. 116.

ile bu hakkın kullanılması ehliyetinin yalnızca hakkın kullanımının engellenmesi söz konusu olduğunda gündeme gelmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶⁹.

1982 Anayasası'nda çocuk haklarını özel olarak koruyan maddelere bakıldığında, farklı konularda düzenlemelerin bulunduğu görülmektedir. Bunlardan ilki, Anayasa'nın sosyal devlet ilkesini düzenleyen 2. maddesidir. Sosyal devlet ilkesi gereğince, çocukların zayıf, kırılgan ve korunmaya muhtaç olma özelliklerinden dolayı devletin çocukları korumakla yükümlü olduğu kabul edilmiştir ve çocuk haklarının tarihsel sürecinin de devletin bu konuda hassas davranmasına aracılık ettiği ifade edilmiştir⁷⁰.

Bir diğer özel düzenleme, eşitlik ilkesinde yer almaktadır. Anayasa'nın 10. maddesinde “Kanun önünde eşitlik” başlığı altında düzenlenen eşitlik ilkesi; ilk fıkrasında herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu ifade ederek kapsayıcı bir şekilde ülkede yaşayan tüm insanları bu çerçevede korumaktadır. Çocukların da bu kapsamda hem birbirleri hem de yetişkinlerle arasında ayırım yapılamayacağı hususunda koruma altında olduğunu söylemek mümkün olacaktır. Çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı Anayasa'nın 10. maddesinin üçüncü fıkrasında ayrıca düzenlenmiş olup pozitif ayrımcılığa imkân sağlaması nedeniyle de maddenin çocukları özel olarak koruduğu söylenebilecektir⁷¹.

Çocuk haklarını açıkça ele alan bir diğer düzenleme ise Anayasa'nın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” isimli 3. bölümünün “Ailenin korunması ve çocuk hakları”

⁶⁹ GÖREN, s. 131-132.

⁷⁰ SEROZAN, s. 35-36. Sosyal devlet ilkesinin amaçları arasında, “onurlu bir hayat sürme” ile “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi”nin bulunduğu ve aynı zamanda sosyal adaletin sağlanması için fırsat eşitliği ile pozitif ayrımcılığı gerekli kıldığı düşünüldüğünde, çocukların korunmasının da bu bağlamda kabul edilmesi mümkün olabilecektir. Sosyal devlet ilkesiyle ilgili olarak bkz. EREN, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 425 vd.

⁷¹ USTA, Çocuk Hakları, s. 2. SEROZAN, s. 36.

başlıklı 41. maddesidir. Maddede yer alan “Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ... için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.”, “Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.” ve “Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.” ifadeleriyle çocukların korunmasına ilişkin konularda düzenlemeler yapılmıştır. Bu maddenin aynı zamanda, çocuğun yüksek yararı ilkesine de dayanak teşkil etmekte olduğu ifade edilmiştir⁷². Bunların yanında, Anayasa’nın 50, 61, 62 ve 141. maddelerinde de çocuk haklarına ilişkin olarak çocukları koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir⁷³.

Ancak, Anayasa’da yer alan kuralların fiilen uygulanabilir olması için eksik kalan noktaların kanunlarla da düzenlenmesi ve bu kurallara uyulmadığında, ilgili kişilerin çeşitli yaptırımlarla karşı karşıya kalacaklarına ilişkin hükümlerin yer alması son derece önemlidir. Zira Anayasa kuralları, düzenleyici nitelikte olduklarından yaptırım içermezler. Dolayısıyla, Anayasa’ya aykırı davranışların ayrıca düzenlendiği ve yaptırıma bağlandığı normlar olduğu sürece, temel hak ve özgürlüklerin korunması mümkün olacaktır⁷⁴.

Anayasa’da koruma altında olan temel hak ve özgürlükler, aktif statü hakları dışında kullanılması, yararlanılması veya sahip olunması için herhangi bir yaş sınırı

⁷² DOĞRAMACI, Yakup Gökhan/ERKOL, Zehra Zerrin: “Çocuklarda Kan Naklinin Reddi: Yehova Şahitleri Olgu Örnekleri” TıpHD, (10), 2016, s. 267.

⁷³ USTA, Çocuk Hakları, s. 3. SEROZAN, s. 36. Anayasa m. 50 “Küçükler ve kadınlar ile vücudu ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.” Anayasa m. 61 “Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır.” Anayasa m. 62 “Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır.” Anayasa m. 141 “Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur.”

⁷⁴ SEROZAN, s. 39. Serozan, anayasa kurallarının düzenleyici nitelikte olmalarından dolayı bunları “eksik kurallar” olarak adlandırmıştır.

öngörmediği gibi hem yetişkinleri hem de çocukları kapsamaktadır. Bu çerçevede, çocuklar doğdukları andan itibaren temel hak ve özgürlüklere sahip olmaktadır. Her ne kadar bu hakların bazılarının kullanımı açısından yaş sınırı öngörülmüş veya belli bir yaşa gelmiş olmak gerekli olsa da sahip olma açısından herhangi bir erginliğe ulaşma, belirli bir zihinsel olgunlukta olma gibi şartlar öngörülmemiştir. Özellikle de kullanılması kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar söz konusu olduğunda, bu bağlamdaki temel hak ve özgürlüklerin çocuklar tarafından kullanılamayacağı veya ancak ergin olduktan sonra kullanabilecekleri yönündeki bir sınırlamanın, bu hak ve özgürlüklerin çocukların elinden alınması sonucunu doğuracağı savunulmaktadır. Dolayısıyla, çocuklar bu temel hak ve özgürlüklerini henüz kullanamıyor olsalar da bunlara sahip olduklarını kabul etmek gerektiği ifade edilmiştir⁷⁵.

Anayasa'nın 41. maddesinde yer alan, ailenin korunmasına dair maddenin çocukların temel hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı özelliğinin olup olmayacağı da tartışılabilir. Bu durumda, çocuğun Anayasa'da kendisine tanınmış temel hak ve özgürlüklerinin anne - babanın çocuk üzerindeki haklarıyla çatışması söz konusu olduğunda, “çocuğun üstün yararı” ve anne-babanın çocuk üzerindeki velayetinin çocuk yararına öngörülmüş bir yetki ve yükümlülük olduğu unutulmamalıdır. Anne-babanın sahip olduğu bu yetki ve yükümlülük, çocuğun korunması, özerk ve onurlu bir şekilde sahip olduğu haklarını kullanabilmesi için vardır ve çocuk erginliğe yaklaştıkça bu yetki

⁷⁵ Serozan'a göre; çocuğun bu hakları kullanması kanunlar tarafından sınırlandırılmış olabilir, ki temel hak ve özgürlüklerin Anayasa kapsamında belirli şartlar dahilinde kısıtlanabilmesi de mümkündür. Bu açıdan bakıldığında, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı nitelikte olan kanunların; insan onuru, çocuğun yararı veya demokrasi gibi görece üstün kabul edilebilecek bir değeri koruyacak nitelikte olması gereklidir. Aksi halde, sınırlandırmanın sınırı da aşılmış olacaktır. Önemli olan, sınırlandırmanın “kamu yararı” veya “kamusal çıkar” gibi genel geçer sözcüklerle ve soyut kavramlarla değil, mümkün olduğunca somut gerekçelerle yapılmasıdır. Konuyla ilgili bkz. SEROZAN, s. 39-42. Temel hak ve özgürlüklerin kaynağını doğrudan Anayasa'dan alması gerekçesiyle, temel haklara sahip olmanın Anayasa dışındaki hukuk normlarıyla belirlenmesinin yeterli olmadığı yönünde bkz. GÖREN, s. 114.

ve yükümlölük de yavaş yavaş ortadan kalkacaktır. Önemli olan, menfaatlerin dengeli bir biçimde tartılarak ölçölölük ilkesi çerçevesinde hakların kullanılabilmesini sağlamaktır⁷⁶. Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklerin, hukukun diğier dallarındaki haklara ilişkin etkisi olan yatay etki çerçevesinde, çocukların sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin özel hukuka bir yansıması olarak anne-baba ve çocuk arasındaki velayet ilişkisi açısından da etkili olduğu söylenebilecektir⁷⁷.

2.1.3.3.2 Türk Medeni Kanunu

Türk hukukunun ilk medeni kanunu olan 1926 tarihli Medeni Kanun, çocuk haklarının Türkiye’de başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Bu tarihten önce, çocuğun babaya mutlak itaati benimsenmiş, evlilik dışı çocuğun mirastan mahrum bırakılması söz konusu olmuş, velinin çocuğu evlenmeye zorlama gibi çeşitli yetkilerinin olduğu kabul edilmiştir⁷⁸. Örneğin; her ne kadar velayetin kullanılmasında anne ve baba birlikte söz sahibi olsalar da ikisi arasında bir anlaşmazlık çıktığında, kural olarak, babanın sözünün geçerli olacağı (Madde 263)⁷⁹, anne babanın tedip yani uslandırma hakkı kapsamında çocuğu yeri geldiğinde ve aşırıya kaçmamak, yani hakkı kötüye kullanmayacak derecede zor kullanma ve fiziksel şiddete başvurabilmelerine dair düzenleme (Madde 267)⁸⁰, kız

⁷⁶ SEROZAN, s. 43-44.

⁷⁷ GÖREN, s. 113. Temel hakların yatay etkisi Gözler tarafından, “temel hakların özel kişiler ile diğier özel kişiler arasındaki ilişkilerde etkili olması” şeklinde ifade edilmiştir. Bu sayede temel haklara sahip olan bireyler, bu hakları diğier özel kişilere karşı da ileri sürebilecektir. Temel hakların yatay etkisi kavramının öğretilde tartışmalı olduğu ifade edilmiştir. GÖZLER, s. 538-539.

⁷⁸ SEROZAN, s. 26. Velayet ve çocukluğun eski hukukumuzdaki tarihçesi hakkında detaylı bilgi ve açıklamalar için USTA, Sevgi: Velayet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 29 vd.

⁷⁹ İstisnaları; çocuğun mahkeme kararıyla reşit olmasında, çocuğun nişanlanmasında, evlenmesinde ve evlatlık edinilmesinde verilecek kararda anne-babanın birlikte onay vermeleri gereklilikleridir. ZEVLİLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA K. Emre: Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999, s. 1119.

⁸⁰ ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1123.

ve erkek çocukları için farklı evlenme yaşlarının belirlenmiş olması⁸¹ gibi uygulamalar, çocukların bu kanun çerçevesindeki korumalarının yetersiz kaldığı düşüncesini akıllara getirmektedir.

4721 sayılı TMK ile çocukları konu edinen birçok madde yürürlüğe girmiştir. Kanun'da çocukla anne-baba arasındaki ilişkilere dair detaylı düzenlemeler yer almış, velayet yetkisi anne ve babaya eşit şekilde verilmiş, ancak bu yetki kullanılırken de çocuğun üstün yararı ilkesi ve katılım hakkının gözetilmesi gerektiği vurgulanmıştır⁸².

Her ne kadar çoğunluğu velayete ilişkin olsa da çocuklara ilişkin olarak TMK'da yer alan hükümlere göz atmak gereklidir. Zira kendi geleceğini belirleme hakkı da velayet kapsamında değerlendirilecek boyutlara sahip bulunmaktadır. TMK'nın "Velayet" başlıklı bölümünde yer alan 335. maddesine göre, *"Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınamaz."*. Dolayısıyla; velayet altında olan çocuklar, 18 yaşını doldurmamış veya mahkeme kararıyla ergin kılınmamış çocuklardır⁸³.

339. maddesine göre ise *"Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar... Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınırlar; önemli konularda*

⁸¹ Kanun'un 88. maddesine göre oğlan çocukları 17, kız çocukları ise 15 yaşını doldurmalarından itibaren evlenebilmekteydiler. Bu düzenlemenin nedeni olarak toplumda yerleşik bulunan erken evlenme alışkanlığı gösterilmiştir. ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 785. Olağanüstü durumlarda ise oğlan çocukları 15, kız çocukları ise 14 yaşını doldurmalarıyla birlikte evlenebilmekteydiler. ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 786. 4721 sayılı Kanun'la bu yaşlar yukarı çekilmiş, madde 124'e göre olağan evlilik yaşı her iki cinsiyet için 17, olağanüstü durumlarda ise 16 yaşını doldurmuş bulunan çocukların evlenebilmesi kanunen mümkün kılınmıştır. Daha önceki dönemlerde, yani Osmanlı'da İslam hukukunun da uygulandığı yıllarda, çocuklar daha erken yaşta da evlenebilmekteydiler. Bu konuyla ilgili olarak bkz. CİN, Halil: İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 341, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1974, s. 294 vd. YURTSEVEN, Yılmaz: "1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi ve Osmanlı Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(1-2), 2003, s. 207 vd.

⁸² ÖZDEMİR/RUHİ, s. 8.

⁸³ ÖZDEMİR/RUHİ, s. 983.

olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.” . Bu maddeyle, çocuğun kendisiyle ilgili kararlarda söz sahibi olabilmesi ve yeterli olgunluğa ulaştığında mümkün olduğunca bu tür kararlarda kendisini ifade edebilmesine imkân sağlanmıştır. Ayrıca ebeveynin çocuğun menfaatini mutlaka göz önünde bulundurması gerektiğine de vurgu yapılmıştır.

Fiil ehliyetine ilişkin 343. maddede “*Velâyet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir.*” ifadesi yer almaktadır⁸⁴. Bu kapsamda, çocuğun ayırt etme gücünün olup olmadığına göre ehliyet durumunun değişeceği, ayırt etme gücüne sahipse sınırlı ehliyetsiz, sahip değilse tam ehliyetsiz olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁸⁵.

Çocuğun korunması ve koruma önlemlerine ilişkin 346. maddede “*Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.*” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla bu kapsamda, gerekli olması halinde hâkimin müdahalesiyle çocuğun yararının korunması amaçlanmıştır.

2.1.3.3.3 Çocuk Koruma Kanunu

ÇKK’nın amacı ve kapsamı 1. ve 2. maddelerinde ifade edilmiştir. Bu maddelere göre kanunun amacı, “*korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına ilişkin usûl ve esasları düzenlemektir.*” Kanun’un kapsamı ise, “*korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında alınacak tedbirler ile suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanacak güvenlik*

⁸⁴ TMK’nın 14. maddesinde fiil ehliyetiyle ilgili bir düzenleme yapılmış, “Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların” fiil ehliyetlerinin bulunmadığı ifade edilmiştir.

⁸⁵ AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 22. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2020, s. 418.

tedbirlerinin usûl ve esaslarına, çocuk mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin hükümler”dir. Dolayısıyla Kanun hem suça sürüklenen çocuklar hakkında yapılacak yargılamalar ve uygulanacak güvenlik tedbirlerini hem de çeşitli nedenlerle korunmaya muhtaç çocukların hangi kurallara göre korunması gerektiğini düzenlemektedir. Ancak Kanun, ağırlıklı olarak suça sürüklenen çocukların yargılama usulleri ve bu kapsamdaki çocuklara uygulanabilecek koruyucu ve destekleyici tedbirleri içermektedir. Ayrıca çocuk teslimi ile ilgili düzenlemeler de Kanun’da yer almaktadır.

Kanun, 3. maddesinde çocuğun tanımını yapmıştır. Maddeye göre, “*Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişi*” çocuk olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla çocuğun mahkeme kararı veya evlenmeyle daha erken yaşta ergin olması ihtimalinde dahi, bu tanım kapsamında olacağından dolayı Kanun’daki korumaya ilişkin hükümlerden yararlanabilmesi mümkündür⁸⁶. Bu kapsamda ÇKK, çocuk kavramının sınırını çok net bir şekilde çizmiştir ve 18 yaşını doldurmamış her çocuk için kanun hükümlerinin uygulanabilir olması sonucunu doğuran bir kural belirlemiştir.

Kanun 4. maddesinde ise uyulacak temel ilkeleri sıralamıştır. Bu ilkelerden çalışma konusuyla da doğrudan ilgili olanları şunlardır: Çocuğun yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarının güvence altına alınması, çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi, çocuk ve ailesi bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması, kararların alınmasında ve uygulanmasında, çocuğun yaşına ve gelişimine uygun eğitimi ve öğrenimini, kişiliğini ve toplumsal sorumluluğunu geliştirmesinin

⁸⁶ Çocuk mahkeme kararıyla veya evlenme yoluyla ergin kılınmışsa, bu durumda her ne kadar ÇKK’da yer alan tanım çerçevesinde buradaki korumadan yararlanacak olsa da TMK’da yer alan koruma tedbirlerinden artık yararlanamayacağı, zira velayet bu gibi durumlarda sona ereceğinden ve TMK’daki koruma tedbirleri velayet koşulunu gerektirdiğinden bunun mümkün olmayacağı ifade edilmiştir. GRASSINGER, Gülçin Elçin: Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 51-52. Dolayısıyla bu durumdaki çocukların korunması mutlak olarak ÇKK’da yer alan hükümler çerçevesinde olacaktır.

desteklenmesi. Özellikle çocuğun üstün yararının korunması ve çocuğun katılım hakkı açısından önemli olan bu ilkeler, TMK’da yer alan velayete ilişkin hususlarda ve bu konularda çıkan uyuşmazlıklarda çocuğun lehine karar alınmasını sağlayacak niteliktedir.

2.1.3.3.4 Türk Çocuk Hakları Bildirisi

Türk Çocuk Hakları Bildirisi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi’nin ardından UNECSO’nun Türkiye’de çocuklara dair bir hukuki metin kaleme alınması teklifi üzerine hazırlanmış ve UNESCO Türkiye Milli Komisyonu 7. Genel Kurulu’nda 28.06.1963 tarihinde kabul edilmiştir. Devlet ile anne ve babanın sorumluluklarına vurgu yapan bu bildiride, çocuğun korunması öncelikli olarak dile getirilmiş ve gerekli iç hukuk düzenlemelerinin de ivedilikle yapılması gerekliliği ifade edilmiştir⁸⁷.

Bildiri’nin metni kısadır ve şu şekildedir:

- *“İyi bakım, iyi yetiştirilme ve çocuğa uygun bir eğitim, her yerde ilgi, sevgi ve yardım görme her Türk çocuğunun hakkıdır. Resmî, özel her kurum, her yurttaş bu çocuk hakkını tanımak, eldeki olanaklarla onu gerçekleştirmek yükümlülüğündedir. Sıkıntı içinde bulunan çocuğun kurtarılmasına öncelik verilir.*
- *16 yaşından önce hiçbir çocuk resmî öğrenimden alıkonularak özel işlerde çalıştırılmaz. Hiçbir şekilde sömürülemez. Her ana baba; çocuğuna bakmak, onu bilgili, becerili ve en iyi şekilde yetiştirmekle yükümlüdür. Orta dereceli*

⁸⁷ GENÇCAN, Çocuk Hukuku, s. 176. KURT, Sevil Lale/SARI, Kibar Seyhun/UYANIK, Mehmet Nuri: Çocuk Hakları ve Türkiye Uygulaması – Çocuk Politikaları Serisi 2, 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı Özel Yayını, T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Ankara 2021, s. 15. <https://www.aile.gov.tr/media/75943/cocuk-politikalari-serisi-23-nisan-ozel-yayini.pdf> (e.t. 19.10.2024). KURT, Sevil Lale: “Çocuk Haklarına İlişkin Temel Uluslararası Belgeler ve Türkiye Uygulaması”, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, 36, 2016, s. 105.

öğrenime devam etmeyenlerin, edemeyenlerin gerekli bilgi ve becerileri kazanmaları için devlet kurslar açar. Ana babanın yeterli olmadığı durumlarda bu görev, çocuğun birinci derece yakın akrabalarına ve devlete düşer.

...

- *Sakat ve uyumsuz çocukların iyileştirilmeleri, yaşama zorluğu çeken çocukların kurtarılmaları, durumlarına uygun bir meslek için kendi yaşamlarını kazanacak derecede başarılı ve güçlü yetiştirilmeleri ana baba ile birlikte devletin ve bu amaçla kurulmuş örgütlerin ödevidir.*
- *Çocuğun korunması ile ilgili yasalar öncelikle hazırlanıp çıkarılmalı, geciktirilmeden uygulanmalıdır.”⁸⁸.*

2.2 Çocuğun Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı

2.2.1 Genel Olarak

Çocuk hakları genel itibarıyla açıklandıktan sonra, kendi geleceğini belirleme hakkının hukuktaki yeri ve çocuk hakları arasındaki konumundan bahsetmek gerekmektedir. Zira çalışma konusu genel olarak çocuk haklarıyla bağlantılı olmakla birlikte, özel olarak çocuğun kendi geleceğini belirmeme hakkına ve bu hakkın sonuçlarına dairdir. Dolayısıyla çocuk açısından kendi geleceğini belirleme hakkının fikri ve hukuki temellerinin açıklanarak bu hak, çocuk açısından değerlendirilmeye çalışılacaktır.

⁸⁸ KURT, s. 105-106.

2.2.2 Kavram ve Terminoloji

Ahlak felsefesi ve antropolojinin de çalışma alanına giren “bizzat karar verme” veya “kendi kaderini tayin” kavramları, “özerklik”, “insanın kendi kaderini tayin etmesi” gibi farklı şekillerde adlandırılmıştır. Antropolojide “öz-sorumluluk”, “bilgi ve seçim” ve “bağımsızlık” şeklinde üç aşamada incelenen bu kavram, bireyin hareket edebilme yeteneğini bizzat kendi almış olduğu karar doğrultusunda kendi kaderini belirleyebilmek için kullanması şeklinde ifade edilmiştir⁸⁹.

İngilizcede “self determination right”, Almancada ise “Selbstbestimmungsrecht”⁹⁰ şeklinde kullanılan kavram, Türk hukuk öğretisinde daha çok uluslararası kamu hukukunda karşımıza çıkan ve devletler hukukunu ilgilendiren “kendi geleceğini belirleme hakkı” veya “kendi kaderini tayin hakkı” olarak ve bu hukuk dalı çerçevesinde ifade edilmektedir⁹¹. Bununla birlikte, medeni hukukta kullanılan kavramlar “kişinin serbest karar verme hakkı”⁹², “kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkı” veya “kendi geleceğini belirleme hakkı”⁹³, “kendisi hakkında kendi kendine serbestçe karar verebilme hakkı”⁹⁴ şeklindedir.

⁸⁹ KESKİN, A. Dilşad: Medeni Hukuk Açısından Bizzat Karar Verme Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 23.

⁹⁰ İsviçre Medeni Kanunu’nda yapılan ve 2013 yılında yürürlüğe giren değişiklikle, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkı olarak çevrilen ve orijinali “Selbstbestimmungsrecht” olan hakkını kullanmasının sağlanması amaçlanmıştır. Esasen buradaki amaç, hastanın önceden verdiği talimatların korunması ve işlerini gerektiği gibi yönetememe durumlarında vekaletle imkân sağlayan, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verebilmesine hizmet eden yeni iki kurumun getirilmesidir. YAVUZ, Cevdet/ERLÜLE, Fulya/TOPUZ, Murat: Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2017, s. 1-2. Dolayısıyla kavram, çalışmada anlatılması planlanan konuyu tam olarak kapsamamakla birlikte, kendi geleceğini belirleme hakkının çocuklar dışındaki özneleri açısından konuya kısmen de olsa yer verilmesi gerektiği düşünülmüştür.

⁹¹ KESKİN, s. 26-27.

⁹² ÖZTAN, Bilge: Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 284.

⁹³ YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 7.

⁹⁴ ŞENOCAK, Zarife: “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, 50(4), 2001, s. 65-80, s. 65.

Kavramın Türkçe karşılığı olarak, kişinin kendisini ilgilendiren konularda iradesini özgürce açıklaması, kendi kararını bizzat verebilmesi özelliklerine vurgu yapılarak “bizzat karar verme hakkı” şeklinde bir ifade kullanılması önerilmiştir. Bunun yanında, kavramın uluslararası kamu hukukundaki anlamından uzaklaştırılması da amaçlanmış, bu nedenle “kendi geleceğini belirleme hakkı” şeklindeki kullanım tercih edilmemiştir⁹⁵.

Kanaatimizce, bizzat karar verme hakkı kavramı, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklar açısından kapsayıcı değildir. Zira bazı tıbbi müdahaleler, çocuk henüz ayırt etme gücüne sahip olmadan yapılmakta ve çocuğun geleceğini etkilemektedir. Çocuk bu aşamada bir karar verme yeteneğine hukuki olarak henüz sahip değildir. Dolayısıyla çalışma kapsamında değinilecek hususun ayırt etme gücüne sahip çocuğun kendi vücudu hakkında karar vermesine ilişkin olmasının yanında aynı zamanda ayırt etme gücüne sahip olmayan çocukların haklarının korunmasına yönelik olmasından dolayı, kavram olarak “kendi geleceğini belirleme hakkı” şeklindeki kullanım tercih edilecektir. Çünkü çocuğun bu hakka sahip olması, hakkın kullanılması için yeterlidir. Etken bir davranışa ihtiyacı yoktur ve hakka yalnızca sahip olması hukuk dünyasında sonuç doğurabilir.

Kendi geleceğini belirleme hakkının kapsamı, öğretide tam olarak sınırları çizilemediğinden, dar ve geniş yorumlanabilmektedir. Farklı başlıklar altında tartışılan kendi geleceğini belirleme hakkı; rahim tahliyesi, özerk alan, veri koruma, engelliler için eşitlik, tıbbi müdahale gibi alanlarda karşımıza çıkmaktadır⁹⁶. Kendi geleceğini belirleme

⁹⁵ KESKİN, s. 27-28.

⁹⁶ KESKİN, s. 28. Örneğin *Bağçeci*, kendi geleceğini belirleme hakkını hastalar açısından ele almış ve kendi geleceğini belirleme hakkını temel hasta hakları içerisinde değerlendirip incelemiştir. Bkz.

hakkı, birçok farklı temel hak ve özgürlüğü içermesi nedeniyle farklı şekillerde tanımlanmıştır. Üstün / Aygörmöz Uğurlubay’a göre, “Kendi geleceğini belirleme, halihazırdaki duruma yönelik bir karar vermek suretiyle, gelecekte olabileceklere etkiye bulunabilme, dolayısıyla geleceği şekillendirme olanağı yaratabilme anlamına gelir.”⁹⁷. Hasta hakları açısından hakkı ele alan Bağçeci’ye göre, “Bu hak, hastaların kendi gelecekleri ile ilgili alacakları kararlara saygı duyulması ve hekimlerce bu karar ve isteklerin yaşama geçirilmesinin sağlanması”⁹⁸. Buradan hareketle, kavramın farklı şekillerde anlamlandırılabilmesi düşünülmüştür. İlk olarak; kişinin bağımsızlığı ve özerkliğinin ön planda tutulduğu ve otoriteye bir başkaldırı şeklinde kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Bir başka deyişle; kimsenin etkisi veya baskısı altında kalmadan, kimseye tabi olmadan, kişinin bağımsız bir şekilde kendi hayatına ve geleceğine yön verebilmesi, hukuki işlemlerine ilişkin karar alabilmesi anlamına gelmektedir. Bu yönüyle, kendi geleceğini belirleme hakkının herkesi kapsadığı ve herkes tarafından kullanılabilmesinin mümkün olduğu söylenebilecektir. Ayrıca; engelliler veya

BAĞÇECİ, Hamide: Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 92-93.

⁹⁷ ÜSTÜN, Çağatay/AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Gülsün Ayhan: “Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirilmesi”, Fasikül Hukuk Dergisi, (53), 2014, s. 29.

⁹⁸ BAĞÇECİ, Hamide: Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 92. Bağçeci, Lizbon Bildirgesi’nin 3. maddesinde yer alan “Hasta yeterli bilgilendirilmeden sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddedebilme hakkına sahip olabilmelidir.” ifadesi ile Amsterdam Bildirgesi olarak da anılan Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi’nin 1. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “Herkes kendi yaşamını belirleme hakkına sahiptir.” ifadesini, kendi geleceğini belirleme hakkının kullanımı olarak yorumlamıştır. Lizbon Bildirgesi, <http://www.saglikhakki.org/lizbon.htm> (e.t. 18.06.2024). Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi, <http://www.saglikhakki.org/amsterdam1.htm> (e.t. 18.06.2024). Yazar ayrıca hem bu bildirimlerde hem de ulusal hukuki metinlerde yer alan, hastanın bilgilendirilmiş rızası kavramının tek başına bir hak olmayıp aslında kendi geleceğini belirleme hakkının kullanılmasını sağlayacak ek bir güvence olarak uygulandığını, hastaların bilgilendirilmiş rızalarının alınması sayesinde kendi geleceğini belirleme haklarını kullanabildiğini ifade etmektedir. BAĞÇECİ, s. 93.

hastalar açısından eşit katılıma imkân veren bir yol olarak da kendi geleceğini belirleme hakkının söz konusu olduğu dile getirilmiştir⁹⁹.

Özerklik ve kendi geleceğini belirleme hakkının Avrupa’da önemli bir konumda bulunduğu, bu kültürün geleneksel değerlerinden biri olduğu, bizzat karar verme hakkının 16. yüzyıldan itibaren “self-determinasyon” şeklinde dile yerleştiği kabul edilmektedir. 18. yüzyıldan itibaren ise özerklikle bağlantılı olarak kullanılmaya başlanmış ve *Immanuel Kant* tarafından ortaya atılan “insanın kendisi hakkında bizzat karar verme ve makul hareket etme yeteneğine sahip, rasyonel bir varlık olarak nitelendirilmesi” şeklindeki görüşle felsefi alanda kendine yer bulmuştur¹⁰⁰.

Hukuk tarihi açısından kendi geleceğini belirleme hakkının ne zaman ortaya çıktığına dair net bir zaman dilimi bulunmadığı ifade edilmektedir. 1960’lara kadar terim, uluslararası kamu hukukunda kullanılan, “ulusların kendi kaderlerini tayin hakkı” olarak da bilinen kavram çerçevesinde ele alınmış, 1960’ların sonlarına doğru ise kişilik haklarının da ortaya çıkmasıyla kavramsal olarak netlik kazanmaya başlamıştır. Kendi geleceğini belirleme hakkının, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bireylere devlet karşısında haklar tanınmasıyla güç kazandığı ifade edilmektedir¹⁰¹. Hasta özerkliği bağlamında kabul edilen bir hak olması ise hasta haklarının korunması açısından önemli

⁹⁹ KESKİN, s. 61. Buradaki amacın, bir başkaldırı veya bağımsızlık ve özerkliği ön plana almak değil, belirli kişilerin menfaat ve tercihlerinin tanınmasından, eşitlik ve entegrasyonun da dile getirildiği katılımı bir davranışın ortaya konmasından ibaret olduğu ifade edilmiştir.

¹⁰⁰ *Kant*’ın bu görüşlerini WALDMEIER, Stefanie-Daniela: “Informationelle Selbstbestimmung – ein Grundrecht im Wandel”, Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Zürich 2015, s. 53 ve van SPYK, Benedikt: Das Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung Zugleich eine Untersuchung der Grundlagen und Grenzen des “informed consent” im Handlungsbereich der Forschung am Menschen, Dike Verlag AG, 2011, s. 29’den aktaran KESKİN, s. 28-29.

¹⁰¹ KESKİN, s. 28-30.

bir dayanak teşkil etmekte olup özellikle belli bir hak olarak kabul edilmesiyle hasta özerkliğinin hukuki alana yansımaları olarak kabul edilmektedir¹⁰².

2.2.3 Hakkın Fikri Temelleri

2.2.3.1 Özgürlük Temelli Yaklaşımlar

“Çocuk minyatür bir erişkin değil, kendine özgü bir bireydir”¹⁰³. Dolayısıyla çocuğun bireyselliğinin ve onun kendine has özelliklerinin olduğunun kabulü, kendi geleceğini belirleme hakkı açısından bir dayanak teşkil edecektir. Her ne kadar çocukluk dönemi bir geçiş aşaması olarak nitelendirilse de bu aşama kendi içinde dinamiklere sahiptir ve dolayısıyla çocuğun birey olarak kabulü, kendisi hakkında alınacak kararlara bir ölçüde ve ileride de sayılacak şartların sağlanması durumunda katılmasının mümkün kabul edilmesini sağlayacaktır.

Kendi geleceğini belirleme hakkı, “seçim özgürlüğü” anlamına da gelen, bireyseliğin gelişimiyle birlikte önemli değerler arasına girmiştir. Kişinin kendi kurallarını bizzat kendisinin koyması şeklinde tanımlanabilecek “otonomi” kavramı çerçevesinde değerlendirilmiş olan kendi geleceğini belirleme, hakkın hem sahip olması gereken şartlar hem de sınırlandırılma gerekçeleri felsefi bakış açısıyla incelenmiştir¹⁰⁴.

Özgür iradenin korunmasını ve aynı zamanda iradenin özgür bir şekilde gerçekleştirilmesini ifade eden kişisel özgürlük; irade veya karar verme özgürlüğü ile fiil veya davranış özgürlüğünü beraberinde getirir. Hak sahibine, hayatını kendi fikir ve tercihleri doğrultusunda yaşayabilme imkânı sunan kendi geleceğini belirleme hakkı,

¹⁰² BAĞÇECİ, s. 101-102.

¹⁰³ KARADOĞAN, s. 197.

¹⁰⁴ İNCEOĞLU, Sibel: Ölme Hakkı – Ötanazi, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999, s. 14. KESKİN, s. 24. Hasta açısından konu değerlendirildiğinde, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının düşünsel temellerinin tıp etiğinde yer alan özerklik ilkesinde olduğu yönünde bkz. BAĞÇECİ, s. 99.

anayasal olarak koruma altına alınmış haklar üzerinde de kişinin tasarrufta bulunmasını sağlar. Örneğin anayasal olarak düzenlenmiş haklarını kullanma veya kullanmama, bunlara zarar verilmesine rıza gösterme gibi¹⁰⁵.

Bu kapsamda değerlendirilmesi gereken önemli bir yaklaşım özerkliktir. Özellikle özerklik kavramını çocuğun özerkliğini destekleyen “çocuk katılımı” ve “olgun küçük doktrini” olarak çevrilebilecek, Türkiye’de üzerinde tartışmaların henüz çok yapılmadığı “mature minor doctrine” kapsamında açıklanması yerinde olacaktır.

2.2.3.1.1 Özerklik

Güncel Türkçe Sözlük’e göre özerklik, felsefî anlamda, “*Bir kişinin, bir topluluğun kendi uyacağı yasaı kendisinin koyması ve uygulaması*” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁰⁶. Felsefe Terimleri Sözlüğü’nde ise, kavramın Yunancada “kendi” anlamına gelen “autos” ile “yasa” anlamına gelen “nomos” sözcüklerinden türemiş olduğu ve “*Bir kişinin ... kendi uyacağı yasaı kendisinin koyması.*” şeklinde genel olarak tanımlanmasının ardından kavram üç farklı anlamda açıklanmıştır. Bunlardan ikisi “*Kendine özgü bir yasaı olma*” ve “*Dıştan bir yetkenin koyduğu kurallara, eleştirmeden uyma yerine, kendi kendini yöneten tüzel ve töresel özgürlük*” iken üçüncüsü Kant’ın ahlak felsefesinin temel ilkesi olarak ifade edilmiştir¹⁰⁷. Hançerlioğlu’nun Felsefe Sözlüğü’nde “*İradenin ancak kendinden gelen buyruğa göre davranması...Bu anlamda özerklik, Alman düşünürü Immanuel Kant’ın (1724-1804) kesin buyruklarıyla (kategorik emperatif) gerçekleşir...*” şeklinde tanımlanmıştır¹⁰⁸. Cevizci’nin Felsefe Terimleri

¹⁰⁵ van SPYK, s. 30 vd’den aktaran KESKİN, s. 61.

¹⁰⁶ TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr> (e.t. 18.06.2024). Ayrıca otonomi sözcüğünün Türkçesi olarak da özerklik sözcüğüne atıf yapılmaktadır. Bu nedenle çalışmada özerklik sözcüğü tercih edilecektir.

¹⁰⁷ TDK Felsefe Terimleri Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr> (e.t. 18.06.2024).

¹⁰⁸ HANÇERLİOĞLU, Orhan: Felsefe Sözlüğü, 20. Basım, Remzi Kitabevi, 2012, s. 322.

Sözlüğü’nde ise; “*Ahlakta, kişinin, kendi kendisini belirlemesinden, yönlendirmesinden, yönetmesinden oluşan ve her tür dış baskı ve zorlamadan bağımsızlıkla belirlenen hali; bir insanın kendi kendisini belirleme gücü; kendisini tabi olduğu bir ahlak yasasının koruyucusu olarak görebilmesi yeteneği*” şeklinde ifade edilmiştir¹⁰⁹. Bilgin’in Sosyal Psikoloji Sözlüğü’nde “... *baskıya, dış dayatmalara direnen; boyun eğmek veya tabi olmak yerine kendi iradesiyle seçme imkanı bulunan bir kişinin durumu...*” olarak tanımlanmıştır¹¹⁰.

İngilizcede “otonomi (autonomy)” olarak adlandırılan kavram, bağımsız devletler için kullanılmış olup kaynağını, devletin kendini yönetmesi şeklindeki kullanımdan almıştır. Bununla birlikte, bireylerin özerkliği açısından kullanılmaya başlandığından beri, kavramın tam anlamının ne olduğu konusunun tartışmalı olduğu ifade edilmiştir. Fakat temel olarak, bireysel özerkliğin diğer kişilerin müdahalelerini ve sınırlamalarını önlemeyi amaçladığı, ayrıca kişinin içinde bulunduğu durumun yetersiz bir şekilde değerlendirilip eksik anlaşılması ihtimallerinde bu durumu engelleyen bir öz yönetimi kapsadığı belirtilmiştir¹¹¹.

Özerklik kavramı; öz yönetim, egemenlik, özgürlük, irade özgürlüğü, bireysellik, bağımsızlık, kendini ifade etme, yükümlülükten bağımsızlık, kendi çıkarlarını bilme, eleştirel düşünce gibi pek çok şekilde tanımlanmıştır. Ancak bu tanımları yapanlarda kavram hakkında buluşulan ortak noktanın, özerkliğin kişilerin bir özelliği olduğu ve

¹⁰⁹ CEVİZCİ, Ahmet: Paradigma Felsefe Terimleri Sözlüğü, Paradigma Yayınları, İstanbul 2000, s. 261.

¹¹⁰ BİLGİN, Nuri: Sosyal Psikoloji Sözlüğü – Kavramlar, Yaklaşımlar, 3. Baskı, Bağlam Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 291.

¹¹¹ BEAUCHAMP, Tom L./CHILDRESS, James F.: Principles of Biomedical Ethics, 8th Edition, Oxford University Press, 2019, s. 101. Özerklik teorilerinde iki temel unsurunun bulunduğu genellikle kabul görmektedir. Bunlar; özgürlük, yani dış etkenlerin müdahalelerinden bağımsızlık ve iradi eylemde bulunma ehliyetine sahip olma olarak tanımlanan irade yeteneği olarak ifade edilmiştir. Bunların dışında farklı koşulların bulunup bulunmadığı ve bu iki koşulun ne anlam ifade ettiği konusunda ise farklı görüşler yer almaktadır. Bu farklı görüşler ve tartışmalar hakkında bkz. BEAUCHAMP/CHILDRESS, s. 101 vd.

sahip olunması arzu edilen bir nitelik olduğu ifade edilmiştir¹¹². Kavram ayrıca mükemmeliyetçi veya paternalist görüşlerin karşıtı olarak da kullanılmaktadır¹¹³.

Özerklik, kişinin çevresel faktörleri göz önüne alarak, bunları algılayıp değerlendirmek suretiyle kendi özgür iradesiyle özgür düşünme yeteneğini de kullanarak kararını vermesi ve eylemini buna göre gerçekleştirmesidir¹¹⁴. Burada önemli olan husus, bireyin seçimini yapmasının ardında yatan nedenlerin ortaya konulabilir olmasıdır. Bireyin davranışının özgür olması, herhangi bir dış etkenden kaynaklanmaması, bireyin bu davranışı bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi ve seçtiği davranışın yanında farklı alternatiflere de sahip olması, özerk davranışın temel özellikleri olarak kabul edilmektedir¹¹⁵. Özerkliğin düşünce özerkliği, istek özerkliği ve eylem özerkliği olarak üç şekilde ele alınabileceğine dair düşünceye göre, düşünce özerkliğinde kişi çeşitli tercihler yapmakta ve değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bunlar, kişinin kendisi için düşünmesi, karar vermesi, inanması gibi eylemlerdir. İstek özerkliği, kişinin düşünce özgürlüğü sonuncunda ortaya koyacağı eylemleri kendi iradesiyle gerçekleştirme konusunda karar vermesi aşamasında söz konusu olmaktadır. Eylem özerkliği ise,

¹¹² Tanımları ve ifadeleri aktaran DWORKIN, Gerald: *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, New York 1997, s. 6. Bunlara ayrıca; öz yönetim, özgürce seçim yapabilme, kendi ahlaki duruşunu seçme ve bu seçim için sorumluluk alma, öz kontrol ve kendi geleceğini belirleme gibi unsurları da içerecek şekilde genişletilebileceğine dair bkz. MACLEAN, Alasdair: *Autonomy, Informed Consent and Medical Law – A Relational Challenge*, Cambridge University Press, New York 2009, s. 9-10. Tıp hukuku açısından hastaların kendilerine verilen bilgiyi anlama, bu bilgi çerçevesinde kendi bilgi seviyelerinin sınırları içinde bir yargıda bulunma, belirli bir sonuca yönelik düşünme ve davranışlarını buna göre yönlendirme, isteklerini yetkili kişilere özgürce aktarma kapasitesine sahip olmaları halinde karar verme ehliyetlerinin bulunduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda, hukuk ve tıbbın ehliyet sahibi kişilerin aynı zamanda özerk kişilerin de sahip olduğu özellikleri barındırdığına dair bir varsayımı kabul ettiği öne sürülmüştür. Ayrıca; özerklik kavramının ehliyet kavramından anlam bakımından farklı olduğu ifade edilse de özerk kişiler ile ehliyete sahip kişilerin özellikleri için gerekli kriterlerin yüksek derecede benzer olduğu savunulmuştur. BEAUCHAMP/CHILDRESS, s. 116. Kanaatimizce burada bahsedilen ehliyet, Türk hukuku anlamında fiil ehliyetine işaret etmektedir. Zira kaynak çalışmada yalnızca ehliyet kavramından bahsedilmiş olup bunun fiil ehliyeti veya hak ehliyeti olduğu konusunda bir açıklamaya yer verilmemiştir.

¹¹³ DWORKIN, *Autonomy*, s. 10.

¹¹⁴ BAĞÇECİ, s. 100. KESKİN, s. 24.

¹¹⁵ KESKİN, s. 24. Konunun ölme hakkı ile bağlantısı, özerklik hakkının artık yaşam hakkının en değerli hak olmasıyla yarıştığı hususlarıyla ilgili detaylı bilgiler ve düşünceler için bkz. İNCEOĞLU, s. 14-15.

düşünce ve istek özerklikleri neticesinde bunları dış dünyaya yansıtacak eylemleri gerçekleştirme konusunda özerk davranmaktır. Hastanın kendisine yapılan tedaviden vazgeçmeye yönelik açıklaması bu konuya örnek olarak gösterilmiştir¹¹⁶.

Özerkliğin kabul edilmesi ve uygulanmasını sağlayan özerkliğe saygı ilkesi bağlamında, kişilerin özerkliğe sahip olduğunun kabulü yanında ayrıca bu kişilere saygı duymak, onların görüş sahibi olma ve seçim yapma gibi değer ve inançlarına dayanan eylemler gerçekleştirme haklarının da bulunduğunu kabul etmek anlamına geldiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, özerkliğe saygının yalnızca kişilerin özerk iradelerine müdahale etmemeyi içermediği; aynı zamanda bu kişilerin özerk seçimler yapma hakkını geliştirmeyi veya sürdürmeyi de amaçladığı ve özerkliğe yapılacak her türlü müdahalenin de engellenmesi için çalışacağı vurgulanmıştır. Dolayısıyla bu açıdan bakıldığında özerkliğe saygı ilkesinin, hem kişilerin değerlerini ve karar verme hakkının varlığını kabul etmeyi hem de özerk hareket etmeleri konusunda imkanlar sağlamayı içerdiği savunulmuştur. Bu anlamda hem negatif hem de pozitif yükümlülükler yüklediği söylenebilecektir¹¹⁷.

Bu kapsamda irade özgürlüğünden de bahsetmek gerekmektedir. İrade özgürlüğünü savunan düşünürlerden biri olan *Kant*'a göre, insan biyoloji ve psikoloji kurallarına tabi olduğunda doğal nedensellik kurallarına bağlıdır ve kendisi dışında kalan nedenlerle varlığını sürdürdüğünden bilimsel araştırmanın konusu olarak hiçbir şekilde özgür değildir. Ancak ahlakın konusu olan insan ise ahlaki emirlere uymak ya da uymamak konusunda özgürdür. Dolayısıyla *Kant* aslında insanın içinde bulunduğu

¹¹⁶ ERSOY, Nermin: Cerrahi Tedavide hastanın Aydınlatılması ve Aydınlatılmış Onam(Rıza)nın Alınması ile İlgili Etik Sorunlar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1998, s. 14-15'ten aktaran BAĞÇECİ, s. 101.

¹¹⁷ BEAUCHAMP/CHILDRESS, s. 106-107.

doğada özgür olmadığını ancak akli olarak özgür olacağını, iradesini bu akıl evreninde özgür olarak kullanıp yönlendirebileceğini savunmuştur. *Kant*'a göre özgürlük, insanın aklının emirlerine göre hareket etmesidir. İnsan akıl sahibi bir varlık olarak özgürdür. İradi özerkliği “ahlakın en yüksek ilkesi” olarak ifade eden *Kant*, özgürlük düşüncesi olmadığında insanların kendilerini kural koyan ya da ahlaken özgür varlıklar olarak göremeyeceğini, kurallara uyma veya uymama özgürlüğünü de bu nedenle kullanamayacaklarını öne sürmüştür¹¹⁸.

Pragmatist düşünürlerden *William James*'e göre ise, irade özgürlüğü felsefede çözülememiş problemlerden bir tanesidir. Ancak *James*, insanın bilinci olmadığında onun bir makineden farksız olacağını, bu çerçevede evrenin mekanik bir şekilde değerlendirilmesi durumunda irade özgürlüğünün de ortadan kalkması sonucunun ortaya çıkacağını ifade ederek irade özgürlüğünü savunmuştur¹¹⁹.

Özgürlük konusundaki çalışmalar Varoluşçuluk akımıyla birlikte daha fazla ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede, insanın dünya ile olan ilişkisi, seçme özgürlüğü gibi konuları ele alan bu akımda düşünürler, insanın özgür olduğunu vurgulamayı amaçlamışlardır. *Karl Jaspers*, *Jean-Paul Sartre* ve *Albert Camus* bu konudaki en bilinen düşünürlerdir. *Jaspers*, insanın özgürce seçim yaptığı sürece var olduğunu ifade etmiş; *Sartre*, insanların özgürlüğe mahkûm olduğunu öne sürmüştür; *Camus* ise bir örnekle yola çıkarak intiharın aslında özgürlük değil bir boyun eğme olduğunu, insanın kendisinin

¹¹⁸ CEVİZCİ, Ahmet: Felsefe Tarihi, 5. Baskı, Say Yayınları, İstanbul 2015, s. 668-672. *Kant* ayrıca hukuki ödevlerin her zaman ahlaki ödevlerden önce geldiğini çünkü bunların ahlakın özünü tamamladığını ve insanların hem kendilerinin hem de başkalarının haklarına saygı göstermesini içerdiğini öne sürmüştür. Ancak *Kant*'a göre, kişinin kendine karşı da ödevleri vardır ve düşünür, intiharı buna örnek vererek yasak olması gerektiğini savunmaktadır. CEVİZCİ, s. 673. *Kant*'ın aslında burada özgür seçimi kabul etmekle birlikte, kişinin kendine karşı korunması gerektiğini ifade ettiği söylenebilecektir. *Kant*'ın ahlak, özgürlük ve ödevler üzerine görüşleri için bkz. KANT, Immanuel: Ahlakın Metafiziği - Hukuk Öğretisinin Metafizik Temel İlkeleri (Çev. Altan HEPER), Fol Kitap, Ankara 2023, s. 50-57.

¹¹⁹ CEVİZCİ, s. 913.

güçsüz olduğunu kabul ettiği anlamına geldiğini, ancak içinde bulunduğu mevcut durumu kabul edip benimseyerek yaşamaya devam etmeyi tercih ettiğinde içsel olarak özgürleşeceğini savunmuştur¹²⁰.

Dworkin'e göre, insanların düşüncelerinin çarpıcı bir şekilde farklı olmasının nedeni, kişinin karakteri, yaşam şekli, dürüstlük anlayışı, temel çıkarlar konusundaki algısı gibi pek çok etkene bağlıdır. Bu nedenle de ortak kararların herkese hakkaniyetli bir şekilde hizmet etmesinin mümkün olamayacağını savunan yazar, devletin zorlayıcı kurallarla genel bir görüşü dayatmaması ve insanların kendi gelecekleri konusunda özerk bir şekilde karar verebilmelerini teşvik etmesi gerektiğini savunmaktadır¹²¹.

Normal yetkinliğe sahip, fiil ehliyeti bulunan yetişkinlerin özerklik, yani kendi hayatlarını belirleyen önemli kararları alma hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. *Dworkin* tarafından ifade edilen ve “evidentiary view” olarak tanımlanan görüşe göre, kişilerin kendileri için en iyi olanı başkalarından daha iyi bildiği kabul edilir. Bu da kişilerin kararlarına, hata yaptıkları düşünülse dahi, saygı duyulması için geçerli bir sebep olarak kabul edilmektedir ve özerklik hakkının da bu kapsamda kabul edilmesi gerekçelendirilmektedir. Aynı zamanda kişinin kendisini yaratması olarak da ifade edilen özerkliğin, kişilerin her farklı ihtimalde, tutarlı veya tutarsız olmasına bakılmaksızın, kendi hayatlarını şekillendirmesini de sağlayacağı ifade edilmiş, kişinin yaşamını kendi değerlerine ve karakterlerine göre yapılandırmasını teşvik edip koruduğu savunulmuştur¹²². Kişinin kendi vücudunu ve durumunu kontrol edebilmesini sağlayan

¹²⁰ CEVİZCİ, s. 1029-1062.

¹²¹ DWORKIN, Ronald: *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Alfred A. Knopf, New York 1993, s. 213. *Ronald Dworkin* bu düşüncüyü ötanazi ve ölüm düşüncesi üzerine ifade etmiş olmakla birlikte, düşüncenin esas açıklanma sebebi, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı eksenindedir.

¹²² DWORKIN, *Life's Dominion*, s. 223-224.

özerklik, mahrem alanın sınırlarını çizmektedir ve kişinin bu kontrolden yoksun kalması, mahremiyet hakkının da sınırlandırılması sonucunu ortaya çıkarmaktadır¹²³.

Bir görüşe göre, özerklik, kişinin bir davranışı gerçekleştirip gerçekleştirilmeme konusundaki tercihidir ve bunu yaparken bilinçli veya bilinç dışı edindiği bilgi ve tecrübelerinden yararlanmaktadır¹²⁴. Bu çerçeveden bakıldığında, özerklik kavramının tek başına çocuklar için geçerli olamayacağı düşünülebilir. Ancak dikkate alınması gereken nokta, özerklik hakkını bilgi ve tecrübe edindikten sonra kullanılabilmesini sağlamak amacıyla, çocuğun henüz reşit olmadan önce de kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olmasına imkân vermektir.

¹²³ Anglo-Sakson hukukunda içtihat kaynaklı ortaya çıkmış olan özerklik hakkı, beraberinde mahremiyet hakkını da getirmektedir. Mahremiyet hakkı, Amerika Birleşik Devletleri'nde kabul edilmiş ve Türk Anayasası'nda yer alan özel hayatın gizliliğinden biraz daha farklı niteliklere sahip bir haktır. Cinsel eylemler, aile veya eşlerin hakları, gebeliğin sonlandırılması, yaşamı destekleyici araçların geri çekilmesi gibi haklar, mahremiyet hakkının konusunu oluşturmakta ve mahkeme kararlarıyla da desteklenerek halen varlığını sürdürmektedir. Bu konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, s. 113-117. Bu kapsamda; özerklik hakkının bu kapsamda sınırlandırılabilen bir hak olduğu, toplumda yaşayan kişilerin tamamen özerk olamayacağı, her hak ve özgürlük gibi özerkliğin de sınırlarının olduğu hakkında bkz. İNCEOĞLU, s. 117. Örneğin; aşı ve kan testi gibi uygulamalar Amerika Birleşik Devletleri'nde Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır. Kamu sağlığının gerekli olduğu hallerde yapılan müdahalelerin özerkliğe bir saldırı niteliğinde olmadığı, gebeliğin sonlandırılmasının belirli bir dönemden sonra fetüsün anne rahmi dışında yaşayabilir hale gelmesinden dolayı kabul edilmemesi gibi haller bu kapsamdadır. Bu konularla ilgili detaylı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, s. 118-123.

¹²⁴ KÖKCÜ, Halil: Paternalizm Kavramı ve Örnek Uygulamalar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 25. Amerikalı hukuk felsefecisi *Feinberg*, “*Deneyim alanıma neyin gireceğini kendi seçimim ile belirleme hakkım ... kişisel özerkliğimin unsurlarından biri olarak yorumlanır.*” sözüyle tercih yapabilme özgürlüğünü özerklik olarak tanımlamıştır. FEINBERG, Joel: *Harm to Self – The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford 1986, s. 54. Feinberg’in sözünün bu şekilde yorumlanmasına dair bkz. KÖKCÜ, s. 7. Özerlik hakkına karşı görüşe sahip olan *Conly*, *Feinberg*’in özerkliği savunan ve onun çok değerli olduğu görüşüne yanıt vererek, özerkliğin değerinden fazla önemsendiğini ifade etmekte ve özerkliğe karşı çıktığını açık bir şekilde belirtmektedir. İnsanların bazı zamanlarda kötü kararlar verdiğini, özgür kararlar almanın maliyetinin kararlara müdahale edilmesinden daha fazla olabileceği, müdahalenin sadece izin verilebilir değil aynı zamanda zorunlu olduğu, dolayısıyla özerk eylemlerin engellenmesi gerektiğini ifade eden *Conly*, daha iyi bir yaşam adına insanların hareket özgürlüğünün ve özerkliğinin sınırlandırılması ve kararlara müdahalede maliyet-fayda analizinin yapılması gerektiği, kişisel yaşamlara müdahalenin ve hatta bir kişinin yalnızca kendisini etkileyecek eylemlerine müdahalenin dahi kabul edilebilir olduğunu savunmakta ve bunu paternalizm kapsamında değerlendirmektedir. CONLY, Sarah: *Against Autonomy – Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge University Press, Cambridge 2013, s. 16-17. Bu tartışma hakkında bkz. KÖKCÜ, s. 7.

Reşit olma yaşı, bireyin gelişim sürecinde, kendi seçimlerinden ve eylemlerinden sorumlu tutulabileceği ve tamamen özerk bireyler olarak görülebileceği bir döneme ulaştığını ifade etmektedir ve artık kişi bu aşamadan itibaren devletin korumasına ihtiyaç duymamaktadır. Reşit olma yaşı sınırında değişikliklerin yapıldığı ülkelerde, gençlerin farklılık gösteren kapasitelerine göre politikalar oluşturulmuştur. Bu politikalar, gençlerin sosyal refahı ve genç kişinin yararına olacak şekilde değiştirilmiştir. Bir örnek, tıbbi tedavi almak için reşit olma yaşını düşürmektir. Rıza yaşını düşürerek, genç kişiye ve daha büyük topluluğa, gebelik, cinsel yolla bulaşan hastalıklar ve diğer sosyal refah maliyetleri ile ilişkili sağlık maliyetlerinin azaltılması yönünde bir fayda sağlanmakta olduğu ifade edilmiştir¹²⁵.

Çocuğun bireyselliğini ön plana çıkartan düşünceye göre, çocuğun bireyselliği teorik olarak üç katmandan oluşmaktadır. En iç katmanda; evrensel çocuk kavramı, ikinci katmanda kategorik çocuk kavramı, üçüncü ve en dış katmanda ise bireysel çocuk kavramı yer almaktadır. Evrensel çocuk kavramı, çocukları çocuk statülerine göre ifade eder ve tüm çocuklar arasındaki ihtiyaçlar açısından standart bir çerçeve çizer. Kategorik çocuk kavramı; çocukları sosyo-kültürel bağlama göre değişebilecek çeşitli özelliklere göre gruplandırır. Örneğin, kırılğan kategoriler olarak da adlandırılabilen küçük yaş, etnik azınlık geçmişi, yoksulluk, cinsiyet, engellilik gibi unsurlar bu katmandaki çocukların ortak özelliği olarak kabul edilmektedir. Üçüncü kavram olan bireysel çocuk kavramında ise; her bir çocuğun sahip olduğu özellikleri kabul ederek çocuğu olduğu gibi ele alma ve bütünüyle benzersiz bir birey olarak kabul etme konusunda daha geniş bir bakış açısı

¹²⁵ REID, s. 3.

sunmaktadır¹²⁶. Bu alan özellikle çocukların özerkliği konusunda önem taşımaktadır ve çocuğun benzersiz bir birey olarak sahip olduğu özellikleri içerir; çocuğun karakteristik özellikleri dikkate alınarak tercihleri ve ilgi alanları ön planda tutulmaktadır¹²⁷.

Tıp açısından özerklik ele alındığında ise tıp etiği çerçevesinde konunun incelenmesi gerekmektedir¹²⁸. Tıp etiğinin temel ilkelerinden biri olan özerkliğe saygı ilkesine göre; hastaları aydınlattıktan sonra onayını almak ve bu sayede haklarına saygı göstererek tedavi uygulamak gerekmektedir. Önemli olan nokta, hastanın özgür iradesiyle, serbestçe ve dış etkenlerden bağımsız olarak tedavisine dair karar vermesidir. Ayrıca aydınlatılmış onam ilkesinin de özerklik ilkesiyle bağlantılı olduğu, hastanın özerk olarak tedavisi hakkında karar verebilmesi için öncelikli olarak tedaviye dair hekim tarafından aydınlatılmış olması gerekliliğinin bulunduğu ifade edilmiştir. Bu ilkenin Anglosakson hukuk sistemiyle geliştiğini, kişinin kendisi hakkında karar verme hakkına dayandığı, kişilerin bedenine yapılacak müdahalelerde karar verme ve isteği dışında

¹²⁶ Evrensel çocuk katmanı; insan olarak çocukların temel özelliklerini, haklarını ve en temel ihtiyaçlarını içermesi nedeniyle bireysellik konusunda tartışmadan uzaktır. Kategorik çocuk katmanı, daha ziyade kırılgan ve savunmasız kategorilerde bulunan çocukları kapsamaktadır ve ayrımcılığa karşı özel bir korunma ihtiyaçları bulunmaktadır. KRUTZINNA, Jenny: “Who is ‘The Child’? Best Interests and Individuality of Children in Discretionary Decision-Making”, *The International Journal of Children's Rights*, 30(1), 2022, <https://doi.org/10.1163/15718182-30010005> (e.t. 08.07.2024), s. 123-125.

¹²⁷ KRUTZINNA, s. 125-126.

¹²⁸ Tıp etiği kurallarının modern anlamda gelişimi, 1932 yılında ABD’de başlayan frengi hastalığıyla olmuştur. Frenginin tedavi edilmesi amacıyla Tusgekee deneyleri adı verilen bu kötü şöhretli çalışma ABD kamu sağlığı hizmetleri tarafından 1932-1972 yılları arasında Afro-Amerikan erkek denekler üzerinde gerçekleştirilmiş, çalışmalar esnasında ve sonrasında birçok ölüme neden olması dolayısıyla eleştirilmiştir. Hatta deneyi savunan bir hekim, çoğunluğun iyiliği için ölümlerin kabul edilebilir olduğunu, bu deneklerin kendi toplumlarına hizmet ettiğini 1993 yılında verdiği bir röportajda ifade etmiştir. Günümüzde ise tıp etikçileri, sağlık ve tıp alanındaki etik konularda neyin doğru neyin yanlış olduğuna karar verme ve kabul edilebilir standartlar geliştirme üzerine çalışmakta, tıp teknolojisinin de sürekli gelişimiyle birlikte yeni etik sorunların artmasının bir sonucu olarak devamlı bir şekilde yeni etik konularla karşı karşıya kalmaktadırlar. NAKAYA, Andrea C.: *Thinking Critically: Biomedical Ethics*, Reference Point Press, California 2015, s. 6-7. Tıp etiği kapsamında birçok ilke yer almaktadır. Bunların bazıları; yararlılık, hasta özerkliğine saygı, kötü davranmama, adalet, gizliliğe saygı, zarar vermeme, sadakat, özgürlük, doğruluk, sözünde durma, gerçeği söyleme, sır saklama ve eşitlik olarak sayılmaktadır. AYDIN, Erdem: *Tıp Etiğine Giriş*, Pegem A Yayınevi, Ankara, 2001, s. 39. Aydınlatılmış onamın günümüzde bir ilke değil, mutlak şekilde yerine getirilmesi gereken bir kural haline geldiği ifade edilmiştir. AYDIN, *Tıp Etiği*, s. 40.

hiçbir müdahaleye zorlanamayacağına dair karar verebilmesinin kişinin hukuken bu kararı verebilmek için yeterli olduğu durumlarda uygulanması gerektiği, tıbbi müdahalelerin doğrudan kişilik haklarına yönelik olmasından ve tehlikeli sonuçların doğma ihtimalinin her zaman için bulunmasından dolayı söz konusu müdahalelerde hekimin değil hastanın karar vermesi gerektiği ifade edilmiştir¹²⁹.

Özerklik ilkesinin tıp etiğinde, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkıyla aynı anlama gelecek şekilde kullanıldığı, kavram olarak ise *“kişinin özgür iradesini ve özgür düşünme yeteneğini kullanarak kendisi hakkında karar alması, karar vermesi ve bu kararı eyleme geçirmesi”* anlamına geldiği ifade edilmiştir¹³⁰. Hastalar açısından özerklik ilkesinin, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ile aynı amaca hizmet ettiği; özerkliğin bir ilke, kendi geleceğini belirlemenin ise bu ilkenin kullanımını sağlayan bir hak olarak hukuk dünyasında uygulanabilir bir norm haline gelmesini ve hukuken korunabilir bir hak olmasına imkân verdiği belirtilmiştir¹³¹.

Özerklikle bağlantılı olan, tıp etiğindeki bir diğer ilke, zarar vermeme ilkesidir. *Hipokrat*’tan günümüze gelen bu ilkede amaç hastaya yararlı olmak, bir tıbbi müdahale sonucunda ortaya çıkabilecek muhtemel olumlu sonuçların olumsuz sonuçlara kıyasla daha öncelikli tutulması ya da en azından bir dengenin korunmasını sağlamaktır¹³². Önemli olan, hastaya kötü davranmamak ve onun zararına olacak müdahalelerden kaçınmaktır. Eğer müdahale seçenekleri arasında risk değerlendirmesi yapıldığında daha az riskli bir yöntem varsa, bu yöntemin tercih edilmesinin de zarar vermeme ilkesi

¹²⁹ DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşegül / ŞAYLIGİL ELÇİOĞLU, Ömür: Tıp Etiği Işığında Hasta ve Hekim Hakları, Türkiye Klinikleri, Ankara 2000, s. 30.

¹³⁰ BAĞÇECİ, s. 100.

¹³¹ BAĞÇECİ, S. 102.

¹³² AYDIN, Tıp Etiği s. 40.

kapsamında değerlendirileceği ifade edilmiştir. Ancak her ihtimalde riskler fazlaysa, bu durumda hastanın özerkliği ilkesi çerçevesinde kararın hastaya bırakılması gerektiği belirtilerek hastanın kendisi hakkındaki seçimi yapmasının beklendiği ifade edilmiştir¹³³. Bu görüşün kabul edilmesi durumunda hastanın ancak müdahalelerin yüksek riskler içermesi durumunda özerklik hakkını kullanabileceği gibi bir sonuç doğacaktır ki yalnızca bu durumda kararın hastaya bırakılması hekimin sorumluluktan kaçınarak bu yükü hastaya devretmesi sonucunu ortaya çıkarabilecektir.

Bireyin özerkliği düşüncesinin temelini oluşturduğu zarar prensibi düşüncesi, temel olarak, başkalarına zarar vermediği sürece kişinin özgürlüğünün ve özerkliğinin korunması gerektiğine dayanmakta; kişilere müdahalenin tek şartının başkalarına zarar verilmesi durumları olduğunu savunmaktadır ve aksi durumda kişinin ortaya koyduğu ifadelerinden veya davranışlarından dolayı hukuken sorumlu tutulamayacağını ifade etmektedir¹³⁴. Bu açıdan aslında özerklik hakkının da sınırlarının olduğunu söylemek mümkün olacaktır¹³⁵.

¹³³ DEMİRHAN ERDEMİR/ŞAYLIGİL ELÇİOĞLU, s. 25. Hasta – hekim ilişkisine dair de çeşitli yaklaşımlar bulunmaktadır. Bunlar, hasta özerkliğini destekleyen; aydınlatıcı model, yorumlayıcı model ve müzakereci model ile hasta özerkliğinin karşısında bulunan paternalist yaklaşımdır. Özerkliği destekleyen modeller hakkında detaylı bilgi için bkz. BAĞÇECİ, s. 102-104. Çalışma çocukları temel aldığından, konunun dışına çıkmamak adına bu yaklaşımlardan yalnızca paternalist yaklaşım ileride ele alınacaktır.

¹³⁴ ATAŞ, Utku: “Zarar İlkesi Üzerine: Üç Temel Eleştiriye Tartışmak”, Kaygı - Bursa Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, 23(1), (2024), s. 68-69.

¹³⁵ TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan: Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla), Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 39. ABD Anayasası’nda “özerkliğe saygı” hakkının çıkarımının yapıldığı ve bu sayede hastanın kendisi hakkında karar verebilme hakkına sahip olduğunun kabulünün yapılabildiği, hastanın tedaviyi ret hakkının bulunduğu ve hatta hastanın aile üyelerinin de özerklik hakkı çerçevesinde bu karara saygı duyması gerektiği aktarılmıştır. Bir örnek olarak ise ABD’de doğum yapan Yehova şahidi bir annenin kan naklini reddetmesi ve eşinin de bu kararını desteklemesine rağmen hastane yargıya başvurmuş ve mahkeme hastanede acil olarak yapılan duruşma neticesinde kan naklinin gerçekleştirilmesi gerektiğine karar vermiş, gerekçe olarak ise hastanın kan nakli olmazsa öleceği, üçüncü kişinin korunması görüşü çerçevesinde müdahalenin yapılması gerektiğini belirtmiştir. Yüksek mahkeme ise hastanın yeterince aydınlatılmasına rağmen tedaviyi reddettiğine yönelik açıklamalarının dikkate alınmadığı ve bu çerçevede “*vücudunun geleceğine karar verme hakkı*”nın ihlal edildiği yönünde karara varmıştır. Karar bilgisi için bkz. TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sağlık Hakkı, s. 41-42.

2.2.3.1.2 Çocuk Katılımı

Esasen çocuğun üstün yararı ilkesiyle bağlantılı olan ve velayetin sınırını oluşturan çocuk katılımı, “çocuğun görüşünün alınması ilkesi” olarak da adlandırılmaktadır. Çocuğun kendi görüşünü oluşturma yeteneğine sahip olması halinde, kendisiyle ilgili bütün konularda görüşlerini serbestçe ifade edebilmesini sağlayan bu ilkede dikkat edilmesi gereken husus, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesidir¹³⁶.

Çocuk katılımı veya çocuğun katılım hakkı, Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nde dolaylı olarak kabul edilmiş evrensel bir haktır. Dolaylı olarak denmesinin nedeni, Sözleşme’nin 12. maddesinde tam olarak katılma ifadesinin kullanılmamış olmasıdır. Madde, “*Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını, bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar.*” şeklinde kaleme alınmıştır ve çocuğun katılım hakkı buradan yorum suretiyle çıkartılabilecektir. Bu hak; çocuğun olgunluk düzeyi çerçevesinde görüş bildirme, hakkında gerçekleştirilecek işlemlere onay verme hakkı

¹³⁶ KARAMAN, Ebru: Velayet Hakkı Bağlamında Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin Anayasal Değerlendirilmesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 151. Çocuğun iradesini açıklaması bakımından çeşitli yaş aralıkları değerlendirilmiştir. Bu araştırmalarda, on yaşın altındaki çocukların yeterli iradi istikrara, taahhütleri ve hedefleri üzerinde öz kontrole sahip oldukları, eylemlerinin nasıl başarıya ulaştığını anladıkları için hayatlarının bazı alanlarında en azından bir dereceye kadar özerkliğe sahip oldukları tespit edilmiştir. Çocuklarla yapılan görüşmelerde, 9-11 yaş arasındaki çocukların yetişkinlerinkine oldukça benzer bir ahlaki evrende gezindikleri, güç ilişkilerinin ve ahlaki normların uygulanmasının tamamen farkında oldukları ve bu nedenle ahlaki aktörler olarak görülebilecekleri tespit edilmiştir. Hatta 7 yaşındaki çocukların bile bilgiyi işleme ve bunu akıllıca ve bağımsız bir şekilde kullanma becerisine sahip oldukları ve 11 yaşına geldiklerinde ise tipik olarak birçok yetişkininki kadar iyi bir siyasi kelime dağarcığına ve aynı zamanda onlara bunu sağlayacak bir fikir çerçevesine sahip oldukları görülmüştür ve bir kişinin yetişkin olarak sahip olacağı “özerklik haklarının” birçoğunun zaten 10-12 yaşlarında edinildiğini belirtilmiştir. Bu araştırmalar ve konuyla ilgili detaylı değerlendirmeler için bkz. GRILL, Kalle: “Paternalism Towards Children”, The Routledge Handbook of the Philosophy of Childhood and Children (Ed. Anca GHEAUS, Gideon CALDER, Jurgen DE WISPELAERE), Routledge (Taylor Francis Group), London 2019, s. 126. Çocuk katılımının aynı zamanda çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesinin bir sonucu olduğuna dair bkz. GRASSINGER, s. 20. ÖZTÜRK, Barış Can: Birlikte Velayet, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 36, s. 41.

olarak da açıklanmıştır¹³⁷. Bu maddenin ayrıca, çocukluk döneminin bir yetişkinliğe geçiş aşaması değil, başlı başına ele alınması ve çocuklara özgü olduğu kabul edilmesi gereken bir dönem olduğu düşüncesiyle birlikte ortaya çıkan anlayış doğrultusunda ele alınarak uluslararası hukukta da kabul edilir ve hukuken korunabilir hale getirilmesini sağladığı da ifade edilmiştir¹³⁸.

Sözleşme'nin 13. maddesinde ise, “Çocuk, düşüncesini özgürce açıklama hakkına sahiptir...” ibaresiyle açık bir şekilde çocuğun düşüncesini açıklaması konusunda özgürlüğe sahip olduğu vurgulanmış olup başkasının haklarına ve itibarına saygı ya da kanunla ve gerekli olmak şartıyla milli güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve ahlakın korunması gibi amaçlarla sınırlandırılabilmesi de ifade edilmiştir¹³⁹.

Çocuğun katılım hakkındaki önemli bir diğer mesele, hakkın kullanımını oluşturan olayın çocuğu doğrudan etkileyip etkilemediğinin tespitidir. Durumun çocuğu etkilemesi halinde, çocuğun görüşüne başvurulması gerektiği, çocuğun kendi görüşünü oluşturma ve ifade etme yeteneğine sahip olduğunun baştan kabul edilmesi ve çocuğa bir ispat yükünün yüklenmemesi gerektiği savunulmuştur. Bu düşünceye göre; çocuğun kendi kararını verebileceği hususunda bu yeteneğe sahip olduğu karineten kabul edilmelidir¹⁴⁰. Kimsenin baskısı, yönlendirmesi, zorlaması olmaksızın, çocuğun serbest

¹³⁷ SEROZAN, s. 163.

¹³⁸ EKİZ, s. 195.

¹³⁹ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, <https://www.unicef.org/turkiye/cocuk-haklarina-dair-sozlesme> (e. t. 01.12.2024). ÖZTÜRK, s. 41.

¹⁴⁰ KARAMAN, s. 152. Birleşik Krallık'ta görülen bir davada 16 yaşından küçük çocukların kendileri üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler hakkında karar verip veremeyeceğine dair emsal niteliğinde bir karar verilmiştir. Kararda anne ve babanın çocukları üzerinde gerçekleştirecek tıbbi müdahaleler açısından karar verme yetkilerinin, çocuk 16 yaşından küçük dahi olsa, kendisine yapılan açıklamayı anlıyorsa ve bu konuda muhakeme yapma yeteneğine sahipse, sona ereceği ifade edilmiş ve bu konuda “Gillick yeterliliği” adında bir yeterlilik kriteri kabul edilmiştir. Kararı aktaran BAĞÇECİ, s. 118-119. Bu kapsamda, çocuğun yaşına bakılmaksızın, kriterleri sağlaması durumunda vücudu üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelere ilişkin karar verme yetkinliğine sahip olduğunun kabul edileceği ifade edilmiştir. Consent for Children - Gillick v West Norfolk and Wisbech AHA 1986,

bir şekilde ve gerçek katılımıyla, kendi düşüncelerini ifade etmesi, dinlenilme hakkı konusunda bu hakkı kullanıp kullanmama kararını kendisinin bu çerçevede verebilmesini sağlar¹⁴¹.

Türk hukukunda çocuk katılımına bakıldığında, velayet hükümlerini içeren TMK'nın 339. maddesinin üçüncü fıkrası ile 450. maddesinde bu kuruma ilişkin düzenlemelerin bulunduğu ifade edilmektedir¹⁴². Esasında TMK'nın 339. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları hem çocuğun menfaatini hem de katılımını kapsamaktadır¹⁴³. TMK'nın 450. maddesi ise vesayete ilişkin hükümler içermektedir. Bu durum her ne kadar ergin olan ve olmayan vesayet altındaki kişilerin tamamını kapsasa da vesayet altında bulunan çocuklar için kullanılabilecek bir maddedir¹⁴⁴. İki madde arasındaki biçimsel farklılık, 339. maddede anne ve babanın çocuğun düşüncesini göz önüne almaları için çocuğun olgunluğu ölçüsünde değerlendirme yapılması gerekirken 450.

<https://www.healthcareethicsandlaw.co.uk/consent-healthcare-ethics-law/gillickcompetence> (e.t. 19.11.2024).

¹⁴¹ KARAMAN, s. 151. *Rousseau*'ya göre, çocukluk çağının sona ermesi ve buluş çağına geçilmesinde belirlenmiş bir yaş yoktur. İnsanların mizacına, doğaya ya da iklime göre bu yaşların değiştiğini öne süren düşünür, örneğin kırsalda yaşayan çocukların şehirde yaşayanlara göre veya sert mizaçlı olan çocukların yumuşak mizaçlı olanlara göre daha ergen buluş çağına girdiklerini öne sürmüştür. ROUSSEAU, Jean Jacques, Emile: "Bir Çocuk Büyüyor" (Çev. Ülkü AKAGÜNDÜZ), 24. Baskı, Selis Kitaplar, İstanbul 2017, s. 178.

¹⁴² Her ne kadar çocuğun katılım hakkına dair TMK'da yer alan bu maddeler gösterilse de bu düzenlemelerin de yetersiz olduğu ifade edilmiştir. SEROZAN, s. 164.

¹⁴³ "B. Velayetin kapsamı

I. Genel olarak

Madde 339- Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar.

...

Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınırlar; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.

...

Madde her ne kadar "çocuğun katılım hakkı" şeklinde bir hak tanımlamasında bulunmasa da bu düzenlemenin katılım hakkını açıkça ifade ettiği belirtilmektedir. SEROZAN, s. 164.

¹⁴⁴ "3. Vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasi önemli işlerde karar vermeden önce olanak ölçüsünde, onun görüşünü almakla yükümlüdür."

...

maddede ise vesayet altında bulunan kişinin görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip olması gerekliliği aranmıştır. Dolayısıyla burada ifade birliği bulunmamakla birlikte maddeden her iki durumun da aynı anlama gelip gelmediğini değerlendirmek ve yorumlamak gerekliliği doğmaktadır. Kanaatimizce; 339. maddede kastedilen olgunluk ifadesinin, çocuğun içinde bulunduğu durum ve yetişme koşulları çerçevesinde her somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirilerek içinde bulunduğu durumun hal ve koşullarını anlama ve buna göre düşüncelerini oluşturup kendi fikrini ifade edebilmesi şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Dolayısıyla 450. maddede yer alan; görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine yakın bir durumun aranması gerektiği de söylenebilecektir. Ayrıca ÇKK'nın 4. maddesinde de çocuğun haklarının korunması amacıyla çocuğun katılım hakkının güvence altına alınması ilkesinin gözetileceği ifade edilmiştir¹⁴⁵.

Meseleye velayet açısından bakıldığında da çocuğun büyümesi ve olgunlaşmasıyla birlikte, mümkün olduğunca çocuğun kendisiyle ilgili konulara ve kararlara katılarak buradaki söz sahipliği oranının artması gerektiği, anne ve babanın bu aşamadan sonra müdahale edici değil, gözetim ve denetim konumunda bulunması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Çocukların kendileri hakkında karar verme konusunda iki grupta değerlendirildiği, birinci gruptaki çocukların henüz kendilerine yapılacak bilgilendirme ve açıklamayı anlayabilecek olgunluk ve kapasiteye sahip bulunmadığı, ikinci grup çocukların ise muhakeme gücü bulunan ve kendisine anlatılan bilgileri idrak edebilecek kapasitede olduğu ifade edilmiştir. İlk grupta yer alan çocukların kendilerine uygulanacak tıbbi müdahalelere ilişkin bilgilendirmeyi anlayamayacakları ve idrak edemeyecekleri gerekçesiyle bu konuda karar verme yeteneklerinin bulunmadığı, ikinci gruptaki çocuklar açısından ise anne-babalarının tıbbi müdahale konusunda halen onayları aranmasına rağmen karar verme konusunda katılımlarının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. BAĞÇECİ, s. 115-117.

¹⁴⁶ OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 276. Örneğin *Yargıtay*, velayete ilişkin verdiği bir kararda, 14 yaşını doldurmuş olan çocuğun idrak çağında olması nedeniyle kendisini ilgilendiren konularda görüşünün alınması gerektiğini belirtmiştir. *Yargıtay 2. H. D., E. 2018/7299 K. 2018/15215 T. 24.12.2018, <https://www.lexpera.com.tr> (e.t. 01.12.2024). "Ortak çocuk ... 27.03.2004 doğumlu olup, idrak çağındadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi*

2.2.3.1.3 Olgun Küçük Doktrini (Mature Minor Doctrine)

Ergenlik dönemi, beynin işleyişinde önemli değişikliklerin olduğu bir dönem olarak tespit edilmiştir. Örneğin; otokontrol mekanizmasının yetişkinliğe doğru gidildikçe güçlenmesi, ödül merkezinin normalden daha fazla aktive olması ve yetişkinler ile çocuklardan daha farklı çalışması, ödüllere karşı artan hassasiyet, riskli eylemlere katılmaya yönelik davranışlar, dürtüleri frenlemede güçlük çekme gibi durumlar bu sürecin sonucudur. Bununla birlikte beyin sistemleri erken yetişkinlik dönemine kadar tam olarak olgunlaşmadığından yetişkin beynine ne zaman dönüşeceğiyle ilgili net bir cevap verilmesinin zor olduğu ifade edilmiştir¹⁴⁷.

Tıbbi müdahaleler söz konusu olduğunda ise, çocukların hızlı bir şekilde hem fiziksel hem de zihinsel olarak gelişmesiyle birlikte kendi sağlık bakımlarına katılma ve

ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri iç hukuk tarafından yeterli idrake sahip olduğu kabul edilen çocuklara kendilerini ilgilendiren davalarda görüşlerini ifade etmeye olanak tanınmasını ve görüşlerine gereken önemin verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Velayet düzenlemesinde asıl olan çocukların yararadır ve bu düzenlemede ana ve babanın yararı ile çocuğun yararı çatıştığı takdirde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gerekir. Çocuğun üstün yararı gerektirdiği takdirde, görüşlerinin aksine karar verilmesi de mümkündür. Bu nedenle ortak çocuğun velayeti konusunda mahkemece görüşünün alınması, bu görüşün değerlendirilmesi ve gerçekleşecek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bu konuda eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup; bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay başka bir kararında da 9 yaşındaki bir çocuğu idrak yaşında kabul etmiş ve velayete ilişkin olarak çocuğun dinlenilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 2. H. D., E. 2019/5252 K. 2019/9623 T. 3.10.2019, <https://www.lexpera.com.tr> (e.t. 01.12.2024). “...ortak çocuğun bizzat ya da istinabe yoluyla eğitim, kültür, yaşam olanakları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda bilgilendirilerek, velayet hakkındaki tercihinin hakim tarafından kendisinden sorulması ... ve uzman raporunun yeniden alınarak tüm deliller birlikte değerlendirilip, ebeveynlerinden hangisi yanında kalmasının çocuğun menfaatine olacağı tespit edilip, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetli bulunmamıştır.”.

¹⁴⁷ STEINBERG, Laurence: “Does Recent Research on Adolescent Brain Development Inform the Mature Minor Doctrine?”, Journal of Medicine and Philosophy, (38), 2013, s. 260-261. Olgun küçük doktrinine ilişkin çalışmalar kapsamında, ergenlerin beyin gelişimi üzerine yapılan çalışmaların kaynağı esasen çocuk suçlulara uygulanan müebbet hapis veya ölüm cezasının yasaklanmasının savunulması için yapılmıştır. Her ne kadar, çalışmalar sonucunda özellikle ergenlik yaşındaki çocukların müebbet hapis veya ölüm cezası almaması gerekecek kadar olgunlaşmadıkları ancak kendileri hakkındaki tıbbi müdahaleler konusundaki kararlarının dikkate alınması gerektiği görüşleri çatışıyor görünse de aslında mesele tamamen beynin karar alma mekanizmasının ergenlik döneminde farklılaşmasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, özerk tıbbi karar verme yaşının düşük olmasının nörobiyolojik açıdan mantıklı olduğu, çünkü bilinçli karar verme için önemli olan beyin sistemlerinin, duygu kontrolünden daha erken olgunlaştığı ifade edilmektedir. STEINBERG, s. 261.

bunlarda söz sahibi olabilme becerileri de gündeme gelmektedir. Elbette buradaki sorun, özellikle ergenlerin kendileriyle ilgili teşhis ve tedavilere rıza gösterme konusunda bir ehliyete sahip olup olmadıkları veya bunu ne zaman kazanacaklarının belirlenmesinde yatmaktadır. Özellikle hukuk normları ile yerleşik etik normların birbiriyle uyumsuz olduğu konularda bu sorunun daha da önemli ve karmaşık hale geldiği ifade edilmiştir. Çocuklar veya konu çerçevesinde ergenler, üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler esnasında rıza gösterilirken veya karar alınırken ebeveynin ya da yasal temsilcinin bulunmaması, çocuğun iradesinin veya kararının yasal temsilcisi ya da hekimle çelişmesi veya genel olarak çocuğun söz konusu müdahaleye dair kendine ait bir bağımsız görüş belirtmek istemesi gibi durumlarda bir sorundan bahsedilebileceği ifade edilmiştir. Tıp camiasında ergenlerin rasyonel, sorumlu kararlar verme yeteneklerinin zaman içinde değiştiği ergenliğin sonlarındaki kişiler ile genç yetişkinlerin büyük ölçüde benzer bilişsel kapasitelere sahip olduğu kabul görmüştür. Bu çerçevede ergenlik çağındaki kişilerin tıbbi müdahalelerde özerk kararlar alabilen kişiler olarak kabul edilmesi, bazı tıp uzmanlarının 12-13 yaşlarından itibaren kimi çocukların olgun bir kişilikte olmaları durumunda tedaviye rıza gösterme veya tedaviyi reddetme hakkına sahip olduklarına veya olması gerektiğini düşünmeleri söz konusu olmuştur. Bunun bir sonucu olarak ise etik olarak ortaya atılmış ve tıp literatüründe kullanılan “olgun küçük doktrini” kavramı kabul edilmiştir¹⁴⁸.

¹⁴⁸ COLEMAN, Doriane Lambelet/ROSOFF, Philip M.: “The Legal Authority of Mature Minors to Consent to General Medical Treatment”. PEDIATRICS, 131(4), (2013), s. 787. Amerika Birleşik Devletleri’nde “olgun küçük doktrini”nin yalnızca etik değil, yasal kaynakları olduğunu ifade edenler olmuşsa da bu görüş hatalı kabul edilmiş; gerekçe olarak ise eyaletlerdeki düzenlemeler ele alınarak farklı eyaletlerde farklı istisnai durumların bulunduğu, bu nedenle tam olarak “olgun çocuk doktrini”nin yasal olarak kabul edilmediği savunulmuştur. Örneğin; yalnızca beşte birden daha az sayıdaki eyalette, çocuğun rızasına sınırlı olarak önem verildiği ve yasal temsilcinin izninin temel alındığı belirtilmiştir. COLEMAN/ROSOFF, s. 787. Bunun yanında, çocukların tıbbi tedaviye rıza göstermesine izin veren yasal

Ancak çocuğun hangi özelliklere sahip ya da hangi yaşta olmasının bu doktrin açısından dikkate alınması gerektiği hususunda herhangi bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konuda çeşitli teoriler öne sürülmüştür. Birinci teoriye göre; belirli bir yaştan üzerindeki tüm ergenlerin, olgunluk durumuna bakılmaksızın genel tıbbi tedaviye rıza göstermelerine izin verilmesi gerekmektedir. Buna göre, 14 yaşından itibaren çocuklar tedaviye rıza gösterebileceklerdir¹⁴⁹. İkinci teori, ya tüm reşit olmayanların, ya belirli bir yaştan, örneğin 16 yaş, üzerindeki tüm reşit olmayanların ya da tıbbi müdahaleye ilişkin olarak bilgilendirilmiş onam verebilecek tüm reşit olmayanların genel tıbbi tedaviye rıza göstermesine izin verilmesidir, ancak bunun mümkün olması yalnızca yasal temsilcisinin o esnada mevcut olmaması ya da rıza vermek istememesi durumunda geçerli olabilecektir. Üçüncü teori ise, olgun küçük olarak adlandırılabilir ve/veya müdahaleye ilişkin bilgilendirilmiş onam verebilecek durumdaki tüm reşit olmayanların müdahaleye rıza göstermesine izin verilmesi gerektiğini öne sürmüştür¹⁵⁰.

Olgun küçük doktriniyle birlikte ayrıca bir de “özgürleşmiş küçük” (emancipated minor) kavramı ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda, ebeveynlerin yokluğundaki acil durumlar dışında, reşit olmayanların tıbbi karar verme yetkisine sahip olmasını hukuken mümkün kılabilir bir alanın gelişmekte olduğu ifade edilmektedir¹⁵¹.

düzenlemelerin bir kısmının, çocukların özerkliğine saygıdan ziyade sağlık çalışanlarının sorumluluklarını sınırlamak, ya da yasal temsilcinin hazır bulunmadığı acil durumlarda çocuk adına rıza göstermek istemedikleri hallerde durumu çözüme kavuşturmak için kabul edildiği de öne sürülmüştür. COLEMAN/ROSOFF, s. 789.

¹⁴⁹ Buradaki yaş, kaynak makalede 14-15-16-18 veya lise mezunu olmak şeklinde ifade edilmiştir. Bunun sebebinin, Amerikan hukukundaki eyalet sistemi ve yargı yetkisindeki farklılık olduğu düşünülmüştür. Dolayısıyla çalışmada en küçük yaş olan 14 yaş kullanılmıştır.

¹⁵⁰ COLEMAN/ROSOFF, s. 789.

¹⁵¹ BARINA, Rachelle/BISHOP, Jeffrey P.: “Maturing the Minor, Marginalizing the Family: On the Social Construction of the Mature Minor” *Journal of Medicine and Philosophy*, (38), 2013, s. 304. “*Emancipated*

Olgun küçük doktrini eleştiriler de almıştır. Örneğin; üreme sağlığı hizmetlerinde çocuğun, ebeveyninin kararı olmaksızın kendisi hakkında karar verebilmesine olanak sağlayan olgun küçük doktrini, ergenlerin bedensel bütünlüklerine dair davranışlarının ahlaki sonuçlarını tam olarak kavrayabilecek bilişsel olgunluktan yoksun oldukları öne sürülerek geleneksel aile değerlerine aykırı sonuçlara neden olabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ayrıca, ilk olarak acil durumlarda ebeveynin rızası olmadan da çocuklar üzerinde tıbbi müdahale yapılabilmesine olanak sağlaması için kabul edilen bu öğretinin, üreme sağlığında kullanılmasının doğru olmadığı ifade edilmiştir¹⁵². Bu gibi durumlarda çocuğun üstün yararı ilkesi göz ardı edilmese de kuvvetli ve hukuken de kabul edilen düşünce çocuğun erginliğe ulaşana kadar yasal temsilcileri veya ebeveynlerinin çocuklar hakkında karar verecek olan uygun kişiler olduğu savunulmaktadır¹⁵³.

2.2.3.2 Sınırlandırma Temelli Yaklaşımlar

2.2.3.2.1 Çocuk Düşmanlığı (Childism)

Childism kavramının ilk kullanımlarından biri, 1975 tarihinde *Chester M. Pierce* ve *Gail B. Allen* tarafından yazılan bir makalede görülmüştür. Psikiyatri alanında yazılmış olan bu çalışmada childism kavramıyla yetişkinlerin çocuklar üzerindeki üstünlüğünü kategorik olarak kabul eden, yetişkinlerin ihtiyaçlarını, isteklerini, korkularını, umutlarını

minor” kavramı Türk hukukundaki mahkeme yoluyla reşit kılınmaya benzetilmektedir. Zira bu kapsamda çocuğun geçerli bir evlilik yapması, ABD silahlı kuvvetlerine girmesi, mahkeme tarafından verilen “özgürleşme” kararı, liseden mezun olmuş olması, kendi mali kaynaklarını yöneterek ailesinden veya vasisinden ayrı yaşıyor olması durumları kişinin “özgürleşmiş küçük” olabilmesi için aranan şartlardandır. Bkz. BARINA/BISHOP, s. 304.

¹⁵² BARINA/BISHOP, s. 302.

¹⁵³ COLEMAN/ROSOFF, s. 789. Örneğin; ABD’de 14 eyalet reşit olmayanların tıbbi tedaviye rıza göstermelerine her zaman veya sınırlı şartlar dahilinde izin vermektedir. Yalnızca 3 eyalet ise yaşlarına veya olgunluk düzeylerine bakılmaksızın reşit olmayanların ya her zaman ya da sınırlı durumlarda tedaviye rıza göstermelerine izin vermektedir.

her zaman çocuklarınkinden üstün gören bir düşünce olarak bahsedilmiştir. Bu düşünceye göre çocuklar toplumda yaşlarından dolayı her zaman aşağılanan, dışlanan ve ayrımcılığa uğranan bireyler olarak tanımlanmıştır¹⁵⁴.

Childism kavramının Türkçedeki tam karşılığı “çocukçuluk”tur. Öğretide “çocukizm” kavramının kullanıldığı görülmekle birlikte farklı çalışmalarda “çocuk düşmanlığı” olarak adlandırıldığına da rastlanmaktadır¹⁵⁵. “Çocukçuluk” kavramının Türkçede çocuğun cinsel istismarı çerçevesinde çocuklara karşı cinsel arzu duymak anlamında kullanıldığı tespit edilmiştir. Her ne kadar sözcük anlamı olarak “racism, environmentalism, sexism, adultism” gibi kavramlar Türkçeye “ırkçılık”, “çevrecilik”, “cinsiyetçilik”, “yetişkinlik” şeklinde çevrilebilirse de “feminizm” kavramının Türkçede de feminizm şeklinde kullanılması gibi, çocukların cinsel istismarı kapsamında kullanılan ve bu yönde bir çağrışım yapmaya müsait olan “çocukçuluk” kavramının yerine “çocukizm” kavramının tercih edilmesi kanaatimizce de yerinde olacaktır¹⁵⁶.

Kavramın aslında iki açısı olduğu, bir yanda çocuğun dışlanmasını ve çocuğa karşı önyargıyı ifade etmek için kullanılırken diğer yandan ise tam karşıt şekilde çocuğun toplumda yer alan bir birey olduğu, çocuğa saygı gösterilmesi ve bu nedenle de

¹⁵⁴ PIERCE, Chester M./ALLEN, Gail B.: “Childism”, *Psychiatric Annals*, 5(7), 1975, s. 266-270’ten aktaran DİKMEN ÖZARSLAN, Aylin: “Childism (Çocuk Düşmanlığı/Çocukizm) Kavramı ve Covid-19 Pandemisinin Bu Bağlamda Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 25(2), 2023, s. 820-821. Bu kavramın çocukların medyaya yansıtılma biçiminden yola çıktığını, reklamlarda ve televizyonda genellikle pis, yemek konusunda mızızlanan, aile içi düzene uyum sağlamayan “yaratıklar” olarak yansıtılmasından dolayı “çocuk düşmanlığı” kavramının kullanıldığı ifade edilmiştir. Konuyla ilgili bkz. DİKMEN ÖZARSLAN, s. 820.

¹⁵⁵ “Çocukizm” kavramının kullanımı için bkz. ERDİLLER-YATMAZ, Zeynep Berna/ERDEMİR, Ersoy/ERBİL, Fetiye: “Okulöncesi Öğretmen Adaylarının Bakış Açısından: Neden Öğretmenliği Seçtiler ve Nasıl Çocuk/Çocukluk Algıları Var” *Kuramsal Eğitimbilim Dergisi*, 12(1), 2018, s. 321. “Çocuk düşmanlığı” kavramının kullanımı için bkz. DİKMEN ÖZARSLAN, s. 819, 820. YOUNG-BREUHL, Elisabeth: *Çocuk Düşmanlığı – Çocuklara Karşı Önyargıyla Yüzleşme*, (Çev. Aksu Bora), İletişim Yayınları, İstanbul 2021, s. 12.

¹⁵⁶ DİKMEN ÖZARSLAN, s. 820, dn. 3.

güçlendirilmesi için gerekli önlemlerin alınması anlamına geldiği ifade edilmektedir¹⁵⁷. Kimi çalışmalarda çocuğun dışlanması ifade edilmesinde “çocuk düşmanlığı” kavramı kullanılmıştır ki kanaatimizce kavramın bir açısının bu şekilde ifade edilmesi de yerindedir, zira çocuğa karşı yapılan ayrımcılık özellikle bu kavram kullanılarak ifade edilmesi durumun ciddiyetine vurgu yapmaktadır¹⁵⁸.

Çocuk ve gençlerin henüz reşit olmadan önce özgürlüklerinin kısıtlanması, devletten bir koruma aldıkları şeklinde yorumlanmıştır ve bu sayede çocuk ve gençlerin yetişkin olduklarında topluma çeşitli katkılar sağlamalarının teşvik edilmesini amaçlandığı ifade edilmiştir¹⁵⁹. Ancak bu durumun olumsuz sonuçları göz ardı edilmektedir. Zira çocuklar uzun yıllar boyunca kendi kararlarını verebilme yetkinliğine sahip olmayan, henüz yetişkin olmamış kişiler ve çocukluk süreci de yetişkinliğe doğru gidilen bir geçiş süreci olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla da bu süreçte çocuklar her zaman eksik, geçici bir sürecin içinde bulunan kişiler olarak adlandırılmışlardır. Bu durum zaman zaman çocukluk sürecinin aşağılanması da yol açmıştır ve olumsuz bir şekilde çocukların kendi başına bağımsız bir birey olamayan, niteliksiz ve yetişkinler ile sistemin çocuklara bakış açısı nedeniyle bastırılmış kişiler olarak algılanmasına neden olmuştur¹⁶⁰.

¹⁵⁷ DİKMEN ÖZARSLAN, s. 819.

¹⁵⁸ YOUNG-BREUHL, s. 12. Kavramın Türkçede “çocuk düşmanlığı” olarak kullanımında kitabının çevirmeninin tercihi ön plandadır. Çevirmen bu kavram tercihini şu şekilde ifade etmiştir: “*Orijinali ‘Childism’ olan bu terim, sexism, racism gibi terimlerle birlikte düşünülmeli. Ancak çeviride ‘ism’in taşıdığı bütün çağrışım ve göndermeleri kaybetmeyi göze alarak ‘çocuk düşmanlığı’ demekten başka çıkar yol bulamadım.*” YOUNG-BREUHL, s. 12’de yer alan dipnot. Çalışmada çocukların kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde çocukların fikirlerinin dikkate alınmaması konusuna vurgu yapılacağından, “çocuk düşmanlığı” kavramı tercih edilmiştir.

¹⁵⁹ REID, s. 3.

¹⁶⁰ ÖKTEM, s. 5.

2.2.3.2.2 Paternalizm

Kendi geleceğini belirleme hakkının sınırlandırılması “paternalizm” kavramıyla açıklanmaktadır. Bireyin özgürlüğüne devlet müdahalesi anlamına gelen “paternalizm”, bireyin menfaatini ön planda tutmak gayesiyle hareket eder ve yeri geldiğinde bireyin iradesi hilafına, onun adına karar alabilmeye imkân sağlar. Bu kapsamda çocukların, ahlaki kuralları bilme ve bunlara göre hareket etme yeteneğine sahip olmadıkları düşünüldüğünden, bu müdahaleye muhatap oldukları ifade edilmiştir. Bireyin entelektüel ve ahlaki yetersizliğini gerekçe olarak gösteren paternalist anlayış, bireyin kendi geleceğini belirlemesinin hem kendisi hem de başkalarına zarar verici boyuta ulaşabileceği düşüncesiyle müdahalesini haklı zemine oturtmaktadır¹⁶¹.

John Locke, ebeveynlerin çocukları üzerindeki paternal iktidarını şu şekilde ifade etmektedir: “... ebeveynlerin çocukları üzerinde sahip oldukları iktidar, nesillerine, çocukluk çağındaki kusurlu ve eksik durumları süresince bakma sorumluluğundan kaynaklanmaktadır. Henüz akıl baliğ ve reşit olmamış küçüklere akılları başlarına gelene kadar tavsiyede bulunup yol göstermek, fiillerini düzenlemek ve eksik oldukları hususlardaki sıkıntıları gidermek ebeveynlerin yükümlülüğüdür.”¹⁶². *Locke*, aynı zamanda, kanunlar çocuğa temyiz kudretini hangi yaştan itibaren veriyse, çocuğun o

¹⁶¹ KESKİN, s. 24-25. Paternalizm kavramının iktidarın menfaatleri için hareket etmesini sağlayan bir araç olarak kullanıldığı görüşü için bkz. KÖKCÜ, s. 5. Paternalizm kavramının erkek odaklı ve erkek egemen bir söylem olduğu, birçok yazarın kavramı bu şekilde kullandığı, bu nedenle hem anne hem de babayı kapsayan bir otoriteyi tanımlamak için kavramı “ebeveyncilik” olarak Türkçeleştirilebilecek “parentalizm” olarak kullanmayı tercih eden bir görüş için bkz. KULTGEN, John: *Autonomy & Intervention – Parentalism in the Caring Life*, Oxford University Press, New York 1995, s. 47-48. Oxford İngilizce Sözlüğü’nde kavramın bilinen ilk kullanımının 1840’lara dayandığı ifade edilmiştir. The Oxford English Dictionary, https://www.oed.com/dictionary/paternalism_n?tab=factsheet#31752497 (e.t. 20.07.2024). TDK Bilim ve Sanat Terimleri Sözlüğü’nde ise iki anlamdan bahsedilmiş, ilk anlam olarak; bir başka bilincin iyiliği, mutluluğu, gereksinimleri, çıkarları ve/veya değerleri adına, daha iyi olacak diye onun karar özgürlüğüne zorla karışma şeklinde bir tanım yapılmış, ikinci anlamda ise hekimin kendisini hastanın velisi yerine koymasını ifade ettiğine ilişkin bir tanımlama yapılmıştır. <https://sozluk.gov.tr> (e.t. 20.07.2024).

¹⁶² LOCKE, John: *Yönetim Üzerine İki İnceleme* (Çev. Ömer SARUHANLIOĞLU), Litera Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 208.

yaştan itibaren artık kendi kararlarını verebileceğini, bu yaşa kadar iradesinin olmadığını ve bu nedenle babası veya bir veli tarafından yönetilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁶³.

Gerald Dworkin'e göre paternalistik davranıştan bahsedebilmek için bu davranışın sahip olması gereken üç şart bulunmaktadır. Bunlar; davranışın müdahale edilen kişinin özerkliğine engel olması, müdahale edilen kişinin rızasının bulunmaması ve davranışın müdahale edilen kişinin refahını artırmak, onun çıkarlarını ve değerlerini korumak amacıyla gerçekleştirilmesidir¹⁶⁴. İlk olarak, buradaki rıza şartını elbette geçerli bir rıza şeklinde anlamak gereklidir. Hile veya korkutma yoluyla alınan rızanın hukuken bir geçerliliği bulunmamaktadır. İkinci olarak, şartlara bakıldığında, çocuklara uygulanan bazı tıbbi müdahalelerin paternalizm anlayışıyla gerçekleştirildiği söylenebilecektir. Örneğin; sünnet, aşı veya hymenoplasti gibi uygulamaların ebeveynler tarafından her ne kadar çocuğun iyiliği veya ileride sorun yaşamaması adına gerçekleştirildiği şeklinde gerekçelendirilse de aslında paternalist bakış açısının baskın olduğu aşikardır. Dini inançları nedeniyle bir çocuğa kan nakli yapılmasına izin verilmemesinin yasaklanması, paternalizme örnek olarak gösterilmiştir¹⁶⁵. Paternalizm konusundaki tartışmaların genellikle yetişkinlere odaklandığı ve çocuklara yönelik paternalizm konusunun ihmal edildiği ifade edilmektedir¹⁶⁶. Kanaatimizce, ebeveynlerin çocuklar üzerinde gerçekleştirilen ve teşhis ya da tedavi amacı taşımayan müdahalelerde çocuklarının iyiliklerini düşündükleri için bu uygulamaların gerçekleşmesine onlar adına rıza

¹⁶³ LOCKE, s. 209.

¹⁶⁴ DWORKIN, Gerald: Paternalism, Stanford Encyclopedia of Philosophy, (First published November 2002; substantive revision September 2020), <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/> (e.t. 04.03.2024). *Gerald Dworkin* paternalizmin farklı türleri olduğunu da ifade etmiştir. Bunlar; katı-yumuşak paternalizm, geniş-dar paternalizm, zayıf-güçlü paternalizm, saf-saf olmayan paternalizm ve ahlaki paternalizm-refah paternalizmidir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. KÖKCÜ, s. 11-15.

¹⁶⁵ Gerald DWORKIN, Conceptual Issues, <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/> (e.t. 04.03.2024)

¹⁶⁶ KALLE, s. 123-133.

göstermelerinin çoğu zaman kabul edilebilir algılanmasından dolayı çocuklara yönelik paternalizm çalışmalarının ihmal edilmiş ya da önemsenmemiş olduğu söylenebilecektir.

Çocukların kararlarına karşı müdahaleler, bazı açılardan meşru kabul edilmektedir. Karar verecekleri konuyla ilgili olarak çocuklara gereken bilgiler verilmiş olsa da bu bilgiyi değerlendirip kendi durumlarına uygulama yeteneklerine sahip olmadıkları için mantıklı tercihler yapamayacakları, onlar için daha iyi olan kararın başkaları tarafından verilebileceği gerekçeleriyle çocukların kararlarına müdahalenin meşru kabul edilmesinin mümkün olduğu ve bu sürecin sonucunda paternalizme kapı aralandığı ifade edilmiştir¹⁶⁷. Bununla birlikte, her ne kadar ebeveynin çocuk adına doğru kararları alabileceği görüşü mevcut olsa da aslında çocuk ne kadar küçükse, ebeveynin de çocuklarının gelecekteki kararlarına ilişkin varsayıma dayanan bilgilerinin daha az olduğu öne sürülmüştür. Örneğin; yenidoğan bir bebeğin ebeveynleri, çocuklarının gelecekteki tercihlerini, isteklerini ve inançlarını bilemez. Yaşı daha büyük olan çocuklarda ise her ne kadar çocukların mevcut özellikleri ve eğilimleri geleceklere yönelik kararlar verilmesi açısından yol gösterici gibi görünse de bunun da kesin olarak doğru olduğu söylenemez¹⁶⁸.

Konunun tıbbi bakış açısından ele alınmasında ise paternalist anlayışın bazı durumlarda kabul edilebilir olduğu ifade edilmektedir. Kimi tıp etikçilerine göre paternalist anlayış, hastanın tekrar sağlığına kavuşmasını sağladığından hastanın özerkliğini zedeleyici gibi görünse de uygun bir davranış olarak nitelendirilmiştir. Bunun

¹⁶⁷ KÖKCÜ, s. 9-10.

¹⁶⁸ SALTER, Erica K.: "Deciding for a Child: A Comprehensive Analysis of the Best Interest Standard, Theoretical Medicine and Bioethics, (33), 2012, s. 181. Çocuklara yönelik tıbbi müdahalelerdeki paternalist düşüncüyü açıklayan bir ifadeye göre; çocuklar kendileri üzerinde gerçekleştirilen müdahalelere daha sonra rıza göstereceklerine veya rasyonel olarak onaylayacaklarına inanıldığı için değil; daha iyi ya da en azından daha az tehlikeli yaşamlara sahip olmaları için gerçekleştirilmektedir. BEAUCHAMP/CHILDRESS, s. 221.

ayrıca kötü davranmama ilkesiyle de bağlantılı olduğu, hastanın bu tür yaklaşımlarda hekime karşı bir güven duygusu oluşacağı ifade edilmiştir. Bunun yanında, bir profesyonelin üstün bir eğitime, bilgiye ve içgörüye sahip olması gerekçe gösterilerek hastanın çıkarlarını en iyi şekilde belirleme konusunda yetkili bir konumda olması nedeniyle bunun paternalizme kapı aralayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca, hastanın kararına karşılık, paternalist bir yaklaşımla onun yararına olacak müdahalenin gerçekleştirilmesi konusunda hastanın ikna edilmesinin, yararlılık veya hastaya yararlı olma ve zarar vermeme ilkesini de içermekte olduğu belirtilmiştir¹⁶⁹. Zira yararlılık ilkesinin amacının, hekimin ve diğer sağlık çalışanlarının hastanın acısını dindirmek, onu tedavi etmek olduğu dile getirilmiştir. Bu durum tartışılmış, paternalist anlayışın özerkliğin karşısında olduğu, bu nedenle her ne kadar arada bir denge kurulmaya çalışılsa da paternalizmin kabul edilebilir olmadığı görüşü de ortaya atılmıştır¹⁷⁰. Paternalist yaklaşımın gerekçe olarak gösterdiği yarar kavramının tartışmalı olabileceği öne sürülmüş, her ne kadar tıbbi yarardan bahsedilse de bu kavramın kişiden kişiye değişkenlik gösterebileceği ifade edilmiştir. Örneğin; bir kişiyi tedavi etmek amacıyla hekimin paternalist müdahalesi tıbbi

¹⁶⁹ BEAUCHAMP/CHILDRESS, s. 215-216. DEMİRHAN ERDEMİR/ŞAYLIGİL ELÇİOĞLU, s. 25-26. Geleneksel tıp etiğinde hekimin hastanın yararına davranması, hastanın iyiliği ve yararını öncelikli olarak kabul etmesinin zarar vermeme ilkesiyle birlikte yararlılık ilkesine uygun olduğu ifade edilmiştir. AYDIN, Tıp Etiği, s. 40. Bununla birlikte, yararlılık ilkesinin iki boyutunun olduğu; birincisi mutlak şekilde yararlı olma, diğeri ise yarar ve zararın dengelenmesi şeklinde ifade edilmiştir. ELÇİOĞLU/KIRIMLIOĞLU, s. 30.

¹⁷⁰ DEMİRHAN ERDEMİR/ŞAYLIGİL ELÇİOĞLU, s. 25-26. Tıp etiği çerçevesinde değinilen bu ilkelerin her birinin hekimler tarafından mutlak şekilde uygulanamayabileceği, zira ilkelerin bazılarının birbiriyle çelişir nitelikte olduğu, dolayısıyla hekimin bu durumlarda geçerli bir nedene dayanarak ve hastaya en az zararı verecek şekilde tercihte bulunarak ilkelerden biri ya da birkaçını göz ardı edebileceği ifade edilmiştir. DEMİRHAN ERDEMİR/ŞAYLIGİL ELÇİOĞLU, s. 30. Paternalist yaklaşımın tıp etiği ilkelerinden zarar vermeme ve yararlılık kapsamında değerlendirildiğine dair diğer açıklamalar için bkz. BAĞÇECİ, s. 105-106.

yarar olarak değerlendirilebilecekken, diğer bir kişi esas yararın kendi özerk iradesine saygı gösterilmesi olacağını düşünebilecektir¹⁷¹.

Sağlık hizmetleri açısından paternalizm ele alındığında, bir profesyonelin üstün bir eğitime, bilgiye ve içgörüyeye sahip olması gerekçe gösterilerek hastanın çıkarlarını en iyi şekilde belirleme konusunda yetkili bir konumda bulunması nedeniyle bunun paternalizme kapı aralayacağı öne sürülmüştür. Tıbbi müdahalelerin teşhis veya tedavi gibi amaçlarla yapılması durumunda meşruiyetten bahsedilebilse de sünnet ve hymenoplasti gibi uygulamalar tamamen paternalist ve kanaatimizce de hukuka aykırı niteliktedir. Özerkliğin ve kendi geleceğini belirleme hakkının günümüzde önem kazanması ve öncelikli olarak uygulanması gerektiği anlayışı hâkim olmaya başladığından, hekimlerin tıbbi müdahalelerde paternalist yaklaşımlarının giderek azaldığı, kendi geleceğini belirleme hakkının en önemli sonuçlarından biri olarak kabul edilmektedir¹⁷².

2.2.3.3 Çocuk ve Kanuni Temsilci İlişkisine Dair Yaklaşımlar

Çocuğun kanuni temsilcisi ile arasındaki ilişki iki şekilde olabilir. Birinci durumda kanuni temsilci anne ve/veya baba ise ortada velayet söz konusu olacaktır. İkinci

¹⁷¹ BAĞÇECİ, s. 107. Yazar burada Yehova Şahitleri örneğini vermiş, kan naklini ne olursa olsun reddeden bu grubun iradesine karşı kan nakli yapılmasının hastanın rızasına aykırı olacağı ve kişinin değer ve iradesini hiçe sayacağı, bu nedenle de kişi değer ve iradesinin öncelikli olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur. Bununla birlikte yazar, paternalist anlayışın bazı durumlarda gerekli olabileceğini de ifade etmiş, çocukların durumunu buna örnek olarak vermiştir. Paternalist anlayışın tıp hukukundaki yansımalarına ilişkin diğer örnekler; intiharları durdurmak için müdahalede bulunulması, kritik durumda olan hastaların diriltilmemesini istemesine rağmen hayata döndürülmesi, hastaların talep ettiği tıbbi bilgilerin saklanması, yenilikçi bir tedaviyi denemek isteyen kişinin talebinin reddedilmesi şeklinde verilmiştir. BEAUCHAMP/CHILDRESS, s. 215. Özellikle Batı ülkelerinde bireyselliğin ön planda olması nedeniyle paternalizmin kabul edilmediği; yararlı olma, zarar vermeme ve özerkliğe saygı ilkelerinin öncelikli olarak kabul edildiği ifade edilmiştir. ELÇİOĞLU/KIRIMLIOĞLU, s. 32.

¹⁷² BAĞÇECİ, s. 107-108. Yazar aynı zamanda, çocuklar üzerinde gerçekleştirilen müdahaleler açısından hasta haklarının sınırlandırılabilirliğini ve paternalist anlayışın bu gibi durumlarda hâkim olduğunu ifade etmektedir. BAĞÇECİ, s. 115.

durumda ise, anne ve babanın hayatta olmaması ya da çocuğun velayetinin anne ve babadan alınması halinde vesayet kurumu devreye girecektir¹⁷³.

Çocuk ve kanuni temsilci ilişkisine dair yaklaşımlar ise daha ziyade velayetin veya vesayetin kullanılması aşamasında çocuğun iradesinin kanuni temsilcinin iradesinden farklılık göstermesi durumunda ortaya çıkacak tartışmalı durumların açıklanması amacıyla gündeme gelecektir. Çocuğun iradesi kanuni temsilcinin iradesiyle çatıştığında; örneğin çocuğa yapılmak istenen bir tıbbi müdahale açısından kanuni temsilci rıza gösterdiği halde çocuğun rızasının bulunmaması ya da tam tersi durumların ortaya çıkabilmesi mümkündür. Ayrıca kimi durumlarda kanuni temsilcinin iradesi özellikle velayet kapsamında çocuk açısından olumsuz sonuçlara neden olabilecek yönde olabilmektedir. Bu gibi hallerde ise çocuğun üstün yararı ilkesi karşımıza çıkacaktır.

2.2.3.3.1 Çocuk ile Kanuni Temsilcinin İradelerinin Çatışması

Çocuğun iradesinin kanuni temsilcisiyle çatışması konusuna başlarken, ilk olarak, velayet ve vesayet kavramlarını ele almak gerekmektedir. Zira bu kurumlar, çocuk üzerinde bu yetkiye sahip olan kişilerin iradelerinin, çocuğun iradesiyle çatışması durumunda hukuk önünde hangi iradenin öncelikli olarak kabul edilmesi gerektiği sorununu çözmekte önem teşkil etmektedir.

¹⁷³ Ayrıca anne ve babanın boşanması ile velayetin anne ya da babadan birine bırakılmasının sakıncalı sonuçlar doğurma ihtimalinin bulunduğu tespit edilirse, hâkim burada da çocuğa bir vasi atayabilecektir. Bunun yanında, anne ve babanın her ikisinin de kısıtlanması halinde de yine çocuğa vasi atanması gerekmektedir. KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 309. OĞUZMAN/DURAL, s. 273. ZEVLİLİLER, Aydın/CUMALIOĞLU, Emre/ACABEY, M. Beşir: Medeni Hukuk III: Aile Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 442-443. USTA, Velayet, s. 24.

2.2.3.3.1.1 Velayet

Velayet; anne ve babanın çocuk veya istisnai durumlarda kısıtlanmış yetişkinler üzerinde sahip olunan görev, yetki ve hakların tümünü ifade etmekte olup bu kişilerin korunması ve bakımlarının sağlanması adına, kişi ya da mal varlıkları üzerinde söz konusu olmaktadır ve hukuk önünde temsil edilmelerine imkân tanıyan bir kurumdur¹⁷⁴. Bu kapsamda, velayetin bazı temel ilkeleri olduğu ifade edilmektedir. Bunlar; velayetin kapsamının sınırlı olması, velayetin geniş anlamda çocuğun şahsı ile malvarlığının bakımı, yönetimi ve çocuğun temsilini içermesi, son olarak da anne ve babanın evlilik birliği devam ettiği sürece, velayetin kaldırılmaması koşuluyla, velayete birlikte sahip olmalarıdır¹⁷⁵.

Velayet, öncelikli olarak anne ve babaya verilmiş bir görev olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle devredilemez, feragat edilemez ve kullanacak kişinin isteğiyle kaldırılamaz bir niteliğe sahiptir¹⁷⁶. Ayrıca velayetin bir de hak boyutu mevcuttur. Bu açıdan velayetin kullanacak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁷. Bunun yanında, velayetin bir görev veya hak değil, anne babaya çocuklarının

¹⁷⁴ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 245. HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 341. OĞUZMAN/DURAL, s. 272. DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 361. AKINTÜRK/ATEŞ, s. 406. USTA, Velayet, s. 23-24.

¹⁷⁵ OĞUZMAN/DURAL, s. 272. Anne ve babanın velayete birlikte sahip olmasının sonuçlarından biri de anne veya babanın çocuğu ilgilendiren kararları tek başına alamayacak olması ya da anne veya babadan birinin irade açıklamasıyla diğer eşin kendi adına karar vermesine izin verdiği yönündeki beyanının kabul edilememesidir. Bu durum aynı zamanda, velayetin kişiye sıkı sıkıya bağlı olmasından kaynaklanan bir durumdur. AKINTÜRK/ATEŞ, s. 408-409. Başka bir görüşe göre, temel ilkeler şu şekilde sıralanmıştır: Çocuğun yararının ön planda olması, anne-babanın velayete sahip olmada öncelikli olması, anne-babanın velayeti birlikte kullanması, velayetin süreli olması, velayetin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması, velayetin, kural olarak, taksim edilemez niteliğe sahip olmasıdır. BAKTİR ÇETİNER, s. 32-47.

¹⁷⁶ EGGER, A: Medeni Kanun Şerhi: Aile Hukuku (Çev. Tahir ÇAĞA), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 1949, s. 73. KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 245.

¹⁷⁷ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 246. OĞUZMAN/DURAL, s. 277. Velayet Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükler arasında bulunmamakla birlikte velayete ilişkin hükümler TMK'da yer almaktadır. BAKTİR ÇETİNER, s. 34.

güvenliğinin ve yararının sağlanması için hukuken verilmiş bir sorumluluk olduğu düşüncesi de mevcuttur¹⁷⁸. Bu düşünce aslında, velayetin bir görev olduğu düşüncesiyle benzerdir. Zira her iki düşüncede de çocuğun menfaati üstün tutulmakta, önceliğin çocuk olduğu ve anne babanın velayeti yalnızca çocuğun yararına kullanabileceği vurgulanmaktadır. Son olarak, velayetin çift yönünün bulunduğu ve anne ve baba üzerinde haklar ve yükümlülükler doğurduğu da ifade edilmiştir¹⁷⁹. Kanımızca velayetin anne ve baba üzerinde yükümlülükler ve görevler de doğuran bir yetki olarak kabul edilmesi yerindedir. Zira geçici bir niteliği olan velayet, çocuğun hukuken ergin kabul edildiği 18 yaşına kadar onun hak ve menfaatlerinin korumasını amaçlar. Dolayısıyla bu yetkinin kullanılmasında çocuğun üstün yararı çerçevesinin dışına çıkılmaması da son derece önem teşkil etmektedir. Ayrıca TMK’da da velayet bir hak olarak nitelendirilmemiştir¹⁸⁰.

¹⁷⁸ USTA, Velayet, s. 24. İsviçre Medeni Kanunu’nda yer alan “*elterliche Gewalt* (velâyet hakkı)” kavramının 26.06.1988 kabul edilen ve 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle “*elterliche Sorge* (ana babanın bakım yükümü)” şeklinde değiştirilmesi ve kanunun Fransızca ve İtalyanca çevirisinde “*ebeveyn sorumluluğu*” kavramının kullanıldığına dair bkz. ERBAY, İsmail: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medeni Hukukundaki Velâyet Hakkının Kaldırılması (TMK.M.348) Hükümlerinin Değerlendirilmesi” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 2016, s. 14, dipnot 2. Alman Medeni Kanunu’nda 1626. paragrafta yer alan da velayet hakkı kavramı, 18.07.1979 tarihli değişiklikle “bakım hakkı” olarak düzenlenmiştir. ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1121. USTA, Velayet, s. 25.

¹⁷⁹ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 407. Türk hukukunda velayet hakkı kavramı kullanılmasına rağmen, Türkiye’nin taraf olduğu çocuk haklarına dair uluslararası anlaşmaların iç hukuk kuralı olarak uygulanabilir nitelikte olmasından dolayı, anlam olarak değişiklik yaşadığı ifade edilmiştir. ERBAY, s. 14-15. USTA, Velayet, s. 26. Velayetin hukuki niteliğine dair detaylı açıklamalar için bkz. USTA, Velayet, s. 24 vd. Velayetin niteliğine ilişkin Amerikan hukukundaki görüşler için bkz. BAKTİR ÇETİNER, s. 44-45. Velayetin öğretide, anne ve babaya tanınmış mutlak bir hak şeklinde nitelendirilmesinin çocuğun bir hakkın konusu sıfatına büründürmesi sonucunu doğuracağı; anne ve babanın aslında bir hak sahibi değil yükümlülük altında olduğu, önemli olanın çocuğun yararı ve menfaatinin korunmasının öncelikli kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. USTA, Velayet, s. 28. Velayet hakkı kavramının, çocuğu, bir hakkın konusu haline getirmeyeceğine dair görüş için bkz. OĞUZMAN/DURAL, s. 276. Velayetin üç yönlü olduğu, birinci yönün çocuk açısından, ikinci yönün anne-baba açısından, üçüncü yönün ise toplum açısından ele alınması gerektiği, bu kapsamda toplum yararının velayette önemli bir rolü olduğuna dair bkz. BAKTİR ÇETİNER, s. 33.

¹⁸⁰ TMK yalnızca bir yerde “velayet hakkı” kavramını kullanmış olup velayete ilişkin neredeyse bütün hükümlerde velayeti bir hak olarak tanımlamamıştır. TMK’nın 326. maddesinin 3. fıkrasında yer alan ve çocukla kişisel ilişkiyi düzenleyen ilgili hüküm şu şekildedir: “Çocuk ile kişisel ilişkiye yönelik bir

Velayet, TMK'nın 335. maddesinde düzenlenmiştir¹⁸¹. TMK'nın 335. maddesine göre, ergin olmayan çocuklar anne ve babasının velayeti altında olup kanuni bir gerekçe olmadıkça anne ve babadan bu velayetin alınması mümkün değildir. Velayetin kapsamı da yine TMK'nın 339 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir¹⁸². Bu çerçevede, anne ve baba çocuklarının bakım ve eğitimi konusunda gerekli kararları alma, olanaklarına göre çocuklarını eğitme, onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlama ve koruma, çocuğun dini eğitimini belirleme, çocuklarının üçüncü kişilere karşı yasal temsilciliğini üstlenme gibi hak ve yükümlülüklerle sahiptirler.

Velayetin kapsamının düzenlendiği TMK'nın 339. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür.” ifadesi, çocuğun kendisi hakkında karar verme veya iradesini açıklama konusunda düşündürücüdür. Zira bu kural, çocuğun her ne olursa olsun anne ve babasının sözünden çıkmaması gerekeceği gibi bir sonuç doğurabilecek niteliktedir. Konu çocuğun kendi vücudu üzerindeki müdahalelere geldiğinde çocuğun anne ve babasının istekleri doğrultusunda her tür müdahaleyi kabul etmesi, çocuğun iradesinin dikkate alınmamasına neden olacaktır. Her

düzenleme yapılincaya kadar, velâyet hakkına sahip veya çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası dışında kişisel ilişki kurulamaz.”

¹⁸¹ “A. Genel olarak

I. Koşullar

Madde 335- Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınmaz.

Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velâyeti altında kalırlar.”

¹⁸² “B. Velâyetin kapsamı

I. Genel olarak

Madde 339- Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar.

Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür.

Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanılır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.

Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terkedemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz.

Çocuğun adını ana ve babası koyar.”

ne kadar maddenin birinci fıkrasında, anne ve babanın çocuk konusunda karar alırken onun menfaatlerini göz önüne alarak karar vereceklerine dair bir düzenleme olsa da bu madde kapsamında çocuğun anne ve babasının iradesinin dışına çıkması pek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle fıkranın yorumlanması gerekmektedir. Öğretide bu düzenlemenin sınırlı olduğu, velayetin çocuğun yararına olması şartıyla kullanılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda, çocuğun yararı veya kişilik haklarına aykırı bir tasarruf söz konusu olduğunda çocuğun anne ve babasının talimatlarını dinleme gibi bir yükümlülüğünün bulunmayacağı savunulmuştur. Ayrıca hukuka ve ahlaka aykırı talimatların yanında anne ve babanın zarara uğramasına neden olacak nitelikteki talimatlar da çocuk için bağlayıcı değildir. Aksi durumda, velayetin kötüye kullanılması söz konusu olabilecek ve bu nedenle çocuk hâkimin duruma müdahalesini talep edebilecektir¹⁸³. Maddenin farklı bir yorumlanışına göre ise anne ve babanın iradesinin çocuğun iradesiyle çatışması durumunda son sözün anne ve babaya ait olacağı, maddenin bu kapsamda anne ve babaya üstünlük tanıdığı öne sürülmüştür¹⁸⁴.

Velayet kurumu, anne ve babaya çocuk üzerinde çok geniş yetkiler vermektedir. Ancak bu yetkilerin gerektiği gibi kullanılmaması veya çocuğun menfaatini koruma amacı olmadan kullanılması halinde çeşitli tedbirlerin alınması gerekliliği, TMK'nın 346. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu tedbirlerin alınmasında hâkimin rolü büyüktür ve hatta kamu yararı ilkesi gereğince, hâkimin resen harekete geçebilmesi de mümkündür¹⁸⁵. TMK'nın 346. maddesine göre; çocuğun menfaati veya gelişmesinin

¹⁸³ EGGER, s. 83. KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 248. OĞUZMAN/DURAL, s. 280. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 364. Çocuğun anne ve babasının sözünü ısrarlı bir şekilde dinlemeyerek kasıtlı ve devamlı olarak itaatsizlikte bulunması durumunda TMK'nın 347. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanabileceği, zira bu gibi durumlarda çocuğun itaatsizliğinin anne ve babalar için dayanılmaz bir hale gelmesinin söz konusu olacağı yönündeki görüş için bkz. AKINTÜRK/ATEŞ, s. 415.

¹⁸⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 627.

¹⁸⁵ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 255-256.

korunması ihtiyacı ortaya çıktığında, anne ve babanın da duruma müdahale edememesi halinde hâkimin uygun düşen önlemleri alacağı ifade edilmiştir¹⁸⁶. 347. maddede ise, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişimi konusunda bir tehlike mevcutsa ya da çocuk manevi olarak terk edilmiş durumdaysa, hâkim çocuğu anne ve babasının yanından alarak bir ailenin yanına veyahut da bir kuruma yerleştirebilecektir. Burada madde, hâkime takdir yetkisi vermiştir¹⁸⁷. Velayetin kaldırılması ise başvurulabilecek en son ve en ağır yöntem olarak ifade edilmiştir¹⁸⁸. TMK'nın 348. maddesine göre anne ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzer sebeplerden ötürü velayet görevini gerektiği gibi yerine getiremezse ya da anne ve babanın çocuğa gereken yeterli ilgiyi göstermemesi veya yükümlülüklerini ağır bir şekilde savsaklaması halinde velayetin kaldırılması hâkim kararıyla mümkün olabilecektir. Bu durumda çocuğa bir vasi atanması gerekecektir. Ancak bunun için öncelikle, çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerin yetersiz kalacağının önceden anlaşılması veya bu önlemler uygulanmasına rağmen sonuç alınamaması gerekmektedir¹⁸⁹.

¹⁸⁶ “C. Çocuğun korunması

I. Koruma önlemleri

Madde 346- Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.”

¹⁸⁷ “II. Çocukların yerleştirilmesi

Madde 347- Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş hâlde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir.”

¹⁸⁸ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 257.

¹⁸⁹ “III. Velâyetin kaldırılması

1. Genel olarak

Madde 348- Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim aşağıdaki hâllerde velâyetin kaldırılmasına karar verir:

1. (Değişik: 1/7/2005-5378/38 md.) Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi.

2. Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması.

Velâyet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır.

Kararda aksi belirtilmedikçe, velâyetin kaldırılması mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar.”

TMK'nın 348. maddesinde velayetin kaldırılmasına ilişkin hükümlerde ise, hangi şartlarda bunun mümkün olacağı sayılmıştır. Madde gereğince velayetin hem anne hem de baba üzerinden kaldırılması durumunda, çocuğa bir vasi atanması zorunluluğu ortaya çıkacak ve bu durumda vesayet kurumundan bahsedilecektir. Anne ve babanın ilgili maddede yer alan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, velayet anne ve babadan alınacaktır. Bunun yanında, anne ve babanın her ikisinin de ölmesi durumunda da vesayet kurumu söz konusu olacaktır¹⁹⁰.

2.2.3.3.1.2 Velayetin Kötüye Kullanılması

Kanuni temsilcinin velayeti çocuğun aleyhine olacak şekilde kullanması, velayetin kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecektir¹⁹¹. Anne ve babanın kullanma yetkisine sahip olduğu velayetin, amacı ve kapsamında kalan görevler de dikkate alındığında, çocuğun menfaatine hizmet ettiği, öncelikli olarak çocuğun korunması gerektiği, anne ve babanın çıkarları doğrultusunda velayetin kullanılamayacağı ifade edilmiştir¹⁹². Burada ölçülülük ilkesinin devreye girmesi gerektiği, çocuğun temel hak ve özgürlükleri ile velayetin kullanılmasının çatışma içerisinde bulunması halinde her bir

¹⁹⁰ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 309. Bu durum esasen bir hakkın sınırlandırılması çerçevesinde değerlendirildiğinde, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin burada da uygulanması gerektiği öne sürülmüştür. Dolayısıyla, bu kapsamda velayetin "*özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" hükmü çerçevesinde sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Bu kapsamda velayetin tamamen kaldırılması değil, kısmi bir şekilde sınırlandırılmasının daha doğru olacağı öne sürülmüştür. ERBAY, s. 17.

¹⁹¹ Kanuni temsilcinin haklı bir neden olmaksızın çocuğun kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmasının önüne geçmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir. AKYÜZ, s. 118.

¹⁹² OĞUZMAN/DURAL, s. 276. ERBAY, s. 17. Yargıtay da bir kararında, "*Anne-babanın kişilik haklarının bir parçası olan velayet hakkı, başkasına devredilemediği gibi bu haktan feragat da edilememektedir. Kanuni bir neden olmadıkça kaldırılmayan ve kısıtlanamayan velayet hakkı, sadece anne ve babaya, çocuk evlat edinilmiş ise evlat edinene tanınmıştır. Ancak bu haktan mutlak ve sınırsız olmayıp, sınırını 'çocuğun yararı' ilkesi oluşturmaktadır.*" diyerek velayet hakkının sınırsız olmadığını, çocuğun yararının burada bir sınır oluşturduğunu savunmuştur. Yargıtay C. G. K., E. 2020/38 K. 2020/516 T. 10.12.2020. www.lexpera.com.tr (e.t. 1.12.2024).

somut olayın özellikleri göz önüne alınarak ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde karar verilmesinin önemli olduğu savunulmuştur¹⁹³.

Bu bağlamda kanuni temsilcinin çocuk üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelere kötü niyetle rıza göstermemesi durumunda çocuğa mahkeme tarafından bir kayyım atanması gerektiği, hatta acil nitelikteki tıbbi müdahaleler söz konusuysa bu durumda rıza olmaksızın müdahalenin yapılabileceği öne sürülmüştür¹⁹⁴. Örneğin Yehova Şahitleri'nin kan naklini kabul etmemeleri ve her ne kadar kötü niyetli olmasa da çocuklarına kan nakli yapılmasına rıza göstermemeleri durumunda hangi hakkın öncelikli olduğu konusu tartışılabilir¹⁹⁵. Bununla birlikte, ABD'deki bazı davalarda çocuğun hayatı riskinin bulunduğu hallerde tedavinin kanuni temsilci tarafından reddedilmesinin mümkün olmadığı, gerekli olması halinde mahkemenin devreye girerek çocuğa tıbbi müdahalenin uygulanması yönünde bir karar verdiği aktarılmıştır¹⁹⁶. Burada aslında

¹⁹³ SEROZAN, s. 261. Özellikle velayet konusunda alınacak koruma tedbirlerinin de ölçülülük ilkesi çerçevesinde olması gerektiği, önemli olanın çocuğun sağlıklı gelişimini devam ettirmesi olduğu ve buna karşı olan tüm tehditlere uygun düşecek ölçüde, çocuğun anne-babası arasındaki kişisel ilişki de bir kenara bırakılmadan ve zedelenmeden mümkün olduğunca çocuğun yararı gözetilerek alınması gerektiği ifade edilmiştir. GRASSINGER, s. 103.

¹⁹⁴ Hamm Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin NJW 1968, 212 sayılı kararından aktaran ÖZSUNAY, Ergun: "Türk ve Alman Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu – Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu (Ankara 12-13 Mart 1982), Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 45.

¹⁹⁵ Yehova Şahitlerinin, çocuklarına yapılacak kan nakillerini reddetmesi durumunda velayete ilişkin hakların çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkıyla çatışmasında hangi hakkın üstün tutulması gerektiği tartışmalı bir konudur. Yehova Şahitleri, kutsal kitaplarının kan naklini yasakladığı gerekçesiyle kan naklini hiçbir şekilde kabul etmediklerini ifade etmişlerdir. Kanın dışında, kanın ana bileşenlerinin de bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir. Kanın gıda yoluyla tüketilmesinin yasaklanmış olmasının yanında, naklin de aynı şekilde yasaklandığına inanmaktadırlar ve bu inançlarının kutsal kitaplarında yer alan "*Kandan sakının' Tanrı Nuh'a verdiği emri daha sonra İsa'nın takipçilerine de verdi. Tarih ilk Hristiyanların tıbbi nedenlerle bile olsa kan kullanmayı reddettiğini gösterir. (Elçiler 15:20).*" ayetinden ileri geldiğini savunmuşlardır. Ayrıca Tanrı'nın gözünde kanın temsil ettiği şeylerin kutsal olduğuna inanmaktadırlar. Buna dayanak olarak ise, "*Hiçbir canlı varlığın kanını yemeyeceksiniz, çünkü her türlü varlığın canı onun kanıdır. Kim kan yerse yaşatılmayacaktır. Tanrı'nın gözünde can, yani hayat kandadır ve O'na aittir. Bu kanın sadece eski İsrail ulusuna verilmiş olsa da Tanrı'nın kan yememe emrini ne kadar ciddiye aldığını gösterir. (Leviğulları 17:14)*" ayetini göstermişlerdir. <https://www.jw.org/tr/kutsal-kitabin-ogrettikleri/sorular/kutsal-kitap-kan-nakli-hakinda/> (e.t. 02.06.2024).

¹⁹⁶ Kararlar hakkında bkz. BAĞÇECİ, s. 117.

dikkat edilmesi gereken nokta, anne-babanın velayetten doğan hakları ile çocuğun sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin çatışması halidir. Velayet Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlükler arasında düzenlenmemiş olduğundan çocuğun vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahalelerde Anayasa’nın 17. maddesi kapsamında bir değerlendirme yapılabilecektir ve çocuğun yararına olmayan müdahalelerin bu hükmü ihlal edici nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Aynı şekilde, çocuğun yararına olan müdahalenin gerçekleştirilmesine veya yöntemlerin uygulanmasına yönelik engellemelerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24. maddesinin 4. fıkrasında da¹⁹⁷ tıbbi müdahalenin zorunlu olduğu hallerde kanuni temsilci çocuk üzerindeki tıbbi müdahaleye rıza göstermezse, TMK’nın ilgili maddeleri gereğince çocuğa tıbbi müdahale mahkeme kararıyla gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir. Bu çerçevede; çocuğun üstün yararı ilkesinin mutlak kabul edilmesi ve her türlü durumda üstün yarar gözetilerek karar verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Bir hak normunun öznesi olmak ile bir hakkı talep etme yetkisi veren normun öznesi olmak, birbirinden farklı kavramlardır. Örneğin bir çocuk hak normunun öznesi olarak hak sahibi olabilirken, çocuğun sahip olduğu hakkı talep etme yetkisi veren normun öznesi çocuğun kanuni temsilcisi olabilir. Dolayısıyla çocuk adına dava açılmak istenmesi durumunda dava kanuni temsilci tarafından açılabilir. Ancak, bu dava çocuğun haklarının savunulması için açılmaktadır ve çocuk halen hak sahibidir. Dava açma yetkisinin kanuni temsilcide olması bu gerçeği değiştirmez ve hakkı talep yetkisi

¹⁹⁷ “Hastanın Rızası ve İzin
Madde 24- (Değişik:RG-8/5/2014-28994)

...
Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.
...”

olan kişinin dava konusu hakkın öznesi olmadığı söylenebilecektir¹⁹⁸. Bu gibi durumlarda çocuğun hakkın öznesi olması nedeniyle çocukla kanuni temsilci arasında menfaate dayalı bir çatışma çıkabilecek, kanuni temsilcinin çocuğun iradesi hilafına veya iradesi dışında bir talebinin bulunması ihtimal dahilinde olabilecektir. Bu gibi hallerde çözüme kavuşturulması gereken durum, kanuni temsilcinin talebinin dikkate alınıp alınmayacağı veya çocuğun ortaya koyduğu bir irade varsa, hakkın öznesi olarak söz konusu talepte söz sahibi olup olamayacağıdır.

TMK'nın 346 ve devamı maddeleri, çocuğun korunmasına ilişkin hükümlere yer vermektedir. 346. maddede, *“Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.”* hükmü bulunmaktadır. Bu kapsamda, çocuk üzerindeki velayetin kötüye kullanılması ve bu nedenle çocuğun menfaati ile gelişmesinin tehlikeye düşmesi hallerinde hâkim duruma müdahale edebilecektir ve çocuğun korunmasını sağlayan ve duruma uygun düşen önlemleri alması gerekmektedir¹⁹⁹. Madde kapsamında hâkimin uygun önlemleri alması sonucunu doğuracak durumlar ise her ne kadar açıkça yazılmasa da çocuğun menfaatini ve gelişmesini tehlikeye düşürecek her türlü durum bu kapsamda kabul edilebilecektir. Örneğin; çocuğun sağlığı, vücut bütünlüğü, çocuğun hastalandığında tedavi ettirilmemesi gibi birçok konu bu çerçevede değerlendirilebilecektir²⁰⁰. Burada dikkat çeken bir husus, hâkimin müdahalesi için çocuğun menfaat ve gelişmesine engel durumların gerçekleşmesi ve ortaya bir zararın

¹⁹⁸ GÜLGEÇ, s. 449.

¹⁹⁹ Buradaki “uygun önlemler” ibaresi belirsizlik şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira kanun koyucu TMK'nın 347 ve devamındaki maddelerde bu önlemlerin ne olduğuna dair açıklamalar ve özel önlemleri düzenlemiştir. KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 642.

²⁰⁰ KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 642.

çıkması beklenmeden, yalnızca tehlikeye düşürecek durumların ortaya çıkmasının dahi yeterli kabul edilmesidir. Kanaatimizce kanun koyucu burada çocukları henüz zararlarla karşılaşmadan bir tehlike anında dahi korumayı amaçlamıştır.

2.2.3.3.2 Çocuğun Üstün Yararı İlkesi

Çocuğun üstün yararı ilkesi, çocuk haklarının korunmasının odak noktalarından biridir. Üstün yarar ilkesi ortaya çıktığında çocukların fiziksel ve psikolojik olarak korunmalarını amaçlamış olsa da özellikle Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ile birlikte tam olarak tanınan bir hak haline gelmiştir²⁰¹. Velayetin yalnızca anne-baba ve çocuk arasındaki bir ilişki olmayıp aynı zamanda toplumsal bir boyutunun da bulunmasından dolayı velayetin kullanılmasında bazı temel ilkelerin kabul edildiği ve bu ilkelerin aynı zamanda, gerekli olduğunda velayetin sınırlandırılmasında dahi söz konusu olabileceği ifade edilmiş, çocuğun üstün yararı ilkesi de bunlardan biri olarak kabul edilmiştir²⁰².

Bu ilke, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesinin 1. fıkrası²⁰³ ile 18. maddesinin 1. fıkrasında²⁰⁴, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin

²⁰¹ KRUTZINNA, s. 121. Çocuk hukukundaki çocuğun yararı kavramının, idare hukukunda yer alan “kamu yararı” ile benzer konumda ve çok önemli olduğu şeklindeki yorum için bkz. SEROZAN, s. 65.

²⁰² ÖZTÜRK, s. 36.

²⁰³ “Madde 3

1. Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.”

Maddenin çevirisinde kullanılan “çocuğun yararı” kavramının konuyu açıklamada yetersiz kaldığı, bunun yerine aslına daha uygun olarak “çocuğun üstün yararı” şeklinde kullanılmasının daha uygun olacağı ve ilkenin önemini ön plana çıkaracağı yönünde bkz. ÖZTÜRK, s. 37.

²⁰⁴ “Madde 18

1. Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilelere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler.”

Avrupa Sözleşmesi'nin 1. maddesinin ikinci fıkrasında²⁰⁵, TMK'nın 339. maddesinin 1. fıkrası²⁰⁶ ve ÇKK'nın 4/b maddesinde²⁰⁷ düzenlenmiştir.

ÇHS'nin 12. maddesi ve ÇHAS'nin 3. ve 6. maddeleri, çocukların idrak çağına gelmelerinden itibaren, kendilerini ilgilendiren konularda görüşlerinin alınması ve bu görüşlere saygı gösterilmesi ile gereken önemin verilmesi hususunda düzenlemeler içermektedir. Bununla birlikte, eğer çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa, çocuğun görüşünün aksine karar verilebilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir²⁰⁸.

Çocuğun üstün yararı ilkesinin temel unsuru olan çocuk kavramının çoğu zaman gözden kaçırıldığı savunulmuş ve çocukluğun yalnızca bir geçiş süreci ya da biyolojik olgunlukla tanımlanan homojen bir yapı olmadığı, her ne kadar yaş ve gelişimsel durum gibi unsurların hukukta ayırt edici olmak amacıyla kullanılsa da basit bir yaklaşım olduğu öne sürülmüş, çocukların sahip oldukları çeşitli yetenekler, özellikler, ilgi alanları,

²⁰⁵ “Madde 1 - Sözleşmenin uygulanma alanı ve amacı

...
2) Bu Sözleşmenin amacı, çocukların yüksek çıkarları için, haklarını geliştirmek, onlara usule ilişkin haklar tanımak ve bu hakların, çocukların doğrudan ve diğer kişiler veya organlar tarafından bir adli merci önündeki, kendilerini ilgilendiren davalardan bilgilendirilmelerini ve bu davalara katılmalarına izin verilmesini teminen kullanılmasını kolaylaştırmaktır.”

²⁰⁶ “B. Velâyetin kapsamı

I. Genel olarak

Madde 339- Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygulatırlar.”

²⁰⁷ “Temel ilkeler

Madde 4- (1) Bu Kanunun uygulanmasında, çocuğun haklarının korunması amacıyla;

a) Çocuğun yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarının güvence altına alınması,

b) Çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi

...
İlkeleri gözetilir.”

²⁰⁸ Çocuğun üstün yararı ilkesiyle bağlantılı bazı başka ilkeler de bulunmaktadır. Bunlar; çocuğun görüşünün alınması ilkesi, çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesi ve ölçülülük ilkesidir. Çocuğun görüşünün alınması ilkesi, “çocuğun katılım hakkı” olarak da adlandırılmaktadır. KARAMAN, s. 151. ÖZTÜRK, s. 36. Çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesi, aslında çocuğun yararına bir karar alınabilmesi için öncelikli olarak kabul edilmesi gereken bir ilkedir. Zira ayrı bir kişiliğe sahip olduğu kabul edilen çocuğun yararına karar vermek, bu kişiliğine saygı gösterilmesi ile mümkündür. Hatta TMK’da özel olarak bu ilkeye yer verilmemiş olsa da kişilik hakkının mutlak nitelikte bir hak olmasından dolayı varlığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. ÖZTÜRK, s. 39-40.

ihtiyaçlar ve tercihler de dahil olmak üzere önemli grup içi farklılıkların göz ardı edilerek, etkili ve hızlı karar alma süreçlerinin işletilebilmesi adına çocukların bireyselliklerinin göz ardı edilmesi riskinin ortaya çıktığı ifade edilmiştir. Bu durumda herhangi bir ölçüte göre iki çocuğun kıyaslanması halinde birbirleri arasındaki farka ve ihtiyaçlarına bakılmaksızın sadece aynı yaşta olmaları nedeniyle çocukların bireysel refahının tehlikeye atılması riskinin de söz konusu olabileceği savunulmuştur²⁰⁹. Çocuğun bireyselleştirilmesi yaklaşımı, her ne kadar çocuk için en iyisinin ne olduğunu bilmenin son derece zor bir sorun olması nedeniyle buna tam olarak bir çözüm getiremeye de, en azından çocuğu merkezine alan bir karar alma fikri konusunda mümkün olan en iyinin ortaya konmasında yardımcı olacağını, zira önceliğin çocuğun bireyselliği olduğunu öne sürmekte; çocukla ilgili kararların alınmasında yalnızca gerçek anlamda çocuk merkezli bir yaklaşım ile birlikte çocuğun bireyselleştirilmesi düşüncesi bir arada bulunduğu, çocuğun üstün yararının ne olduğu konusunda doğru kararlar alınabileceğini savunmaktadır²¹⁰. Hatta çocuk hakkında mahkeme tarafından alınabilecek birden fazla karar varsa ve bu kararlar arasında çocuğun çıkarı açısından bir değerler dengesi kurulmasına rağmen çocuğun yararına olmayan sonuçların elde edilmesi söz konusu olabilecekse, çocuk için en az zararlı olan yolun tercih edilmesi gerektiği ifade edilmiştir²¹¹.

²⁰⁹ KRUTZINNA, s. 122-123. Özerklik başlığında çocukların bireyselliğinin üç katman üzerinden ifade edildiği yaklaşım çerçevesinde üçüncü katman olan çocuğun bireyselliği katmanına göre; çocuk artık bireysel ve eşsiz bir insan olarak kabul edilerek bireysel çıkarının ne olduğuyla ilgilenilmesi gereken bir konumda yer almaktadır. Çocuğun bireyselleştirilmesini açıklayan bu katmanlı modelin amacı, çocuğu oluşturan üç ayrı alanı vurgulayarak bireysel farklılıkların gözden kaçırılmasını önlemektir. KRUTZINNA, s. 125-130.

²¹⁰ KRUTZINNA, s. 141-142.

²¹¹ BAKTİR ÇETİNER, s. 33.

Çocuğun üstün yararı ilkesi, hukuk camiasında çocuklar için neyin en iyi olduğuna karar verilmesi hususunda farklı bakış açılarını gündeme getirmiştir. Her ne kadar, çocukların fiziksel olarak zarar görmemesi gerektiği hususunda hemfikir olunsada çocuğun yüksek yararı konusunda ortaya konması gereken kriterler açısından fikir birliğine varılamadığı ifade edilmiştir²¹². Örneğin; çocuklara özgü bir refah teorisi tam olarak bulunmasada yeni yeni kabul edilen farklı görüşler çocukların özerkliğini ve kendi geleceğini belirleme haklarının bulunduğunu kabul etmektedir fakat bu düşünceler henüz uygulamada yaygınlaşmamıştır²¹³.

Özellikle tıbbi müdahaleler söz konusu olduğunda müdahaleyle ilgili karar vermede çocukların yetişkinlerden daha farklı bir durumda olduğu belirtilmiş; çocuk üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelerde ebeveynin görüşüne daha fazla ağırlık verildiği, hastanın bir yetişkin olması durumunda özerkliğe saygı ilkesi çerçevesinde hastanın çıkarlarının desteklenerek aydınlatılmış rızasının veya tedaviyi ret kararının hekim tarafından benimsendiği ancak hasta çocuk olduğunda, özellikle çocuğun görüşünü oluşturamadığı veya ifade edemediği durumlarda, ebeveynin kararına göre hareket edildiği vurgulanmıştır. Durumun bu derece değişkenlik göstermesinin nedeni olarak ise çocukların özerk olmadıkları yani kendilerine aktarılan bilgiyi anlayabilecek ve anlamlandırarak bu bilgiler hakkında akıl yürütemedikleri şeklindeki düşüncesi olduğu ifade edilmiştir ancak çocuğun özerk olarak karar verme kapasitesinin aslında yaşına bağlı olduğu, örneğin bir bebeğin kendisine aktarılan bilgileri anlama, algılama ve bilgi

²¹² BANACH, Mary. "The Best Interests of the Child: Decision-Making Factors. Families in Society", The Journal of Contemporary Social Services, 79(3), 1998, s. 331. Benzer yönde bkz. YÜCEL, Özge: "Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi", *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), 2013, s. 118.

²¹³ KRUTZINNA, s. 130.

üzerine mantık yürütme kapasitesi sınırlıyken 15 yaşındaki bir çocuğun yeri geldiğinde yetişkinlerden bile daha yüksek bir algılama kapasitesi olduğunun söylenebileceği savunulmuştur²¹⁴.

Türk hukukunda açıkça düzenlenmemiş olan çocuğun üstün yararı ilkesinin, velayetle ilgili davalar ve çocuklarla ilgili tüm somut uyuşmazlıklarda mahkeme tarafından dikkate alınması gerektiği; hatta anne-babanın menfaatlerinin ikinci planda bırakılarak önceliğin çocuğun üstün yararı olduğu ve mahkemenin de bu yönde karar vermesi gerektiği, bu ilkenin velayetin sınırlanması durumunu doğuran durumlardan biri olduğu öne sürülmüştür²¹⁵. Yargıtay'ın bu gibi durumlarda, çocuğun üstün yararının belirlenmesi açısından varsayımsal hareket ettiği, çocuk yetişkin olsaydı somut olayda nasıl bir karar verirdi şeklinde düşünerek uyuşmazlığı çözdüğü görülmüştür²¹⁶. Her ne kadar Yargıtay kararları genel itibarıyla velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair kararlarda çocuğun üstün yararı ilkesini değerlendirmiş olsa da önemli olan bu ilkeyi kabul etmesi ve kararlarında uygulamasıdır.

²¹⁴ SALTER, s. 180. Amerikan Tıp Derneği, çocuklar üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde karar verme konusundaki bir görüşünde, çocuk hastalar için tıbbi karar vermenin, birçok faktörün ele alınıp değerlendirilmesiyle belirlenmesi ve çocuğun üstün yararına dayanması gerektiğini belirtmiştir. SALTER, s. 183.

²¹⁵ KARAMAN, s. 113. BAKTİR ÇETİNER, s. 33. ÖZTÜRK, s. 36-37. Burada hâkim açısından da bir değerlendirme yapılarak çocuğun üstün yararının belirlenmesinde müdahalenin yalnızca aile yapısının korunması değil, aynı zamanda çocuğun toplumun bir parçası olduğu ve gelecek hayatında sağlıklı, sorumluluk sahibi, bilinçli bir kişi olarak hayatını sürdürmesi için kararın toplumun yararına da olabileceği ifade edilmiştir. ÖZTÜRK, s. 38. Ayrıca Yargıtay'ın bir kararında da çocuğun üstün yararı ilkesi şu şekilde değerlendirilmiştir: “Ana ve babanın yararları; ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur.” Bkz. Yargıtay 2. H. D., E. 2019/5252 K. 2019/9623 T. 03.10.2019, <https://www.lexpera.com.tr> (e.t. 01.12.2024).

²¹⁶ Yargıtay 2. H. D., E. 2022/4850 K. 2022/6844 T. 12.09.2022, <https://www.lexpera.com.tr> (e.t. 1.12.2024). “...Velâyet düzenlemesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlâki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde karar vermesi gerekir. Yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır...”

TMK'nın birçok maddesinde çocuğun üstün yararına vurgu yapan düzenlemeler yer almaktadır. Bunlar; 317. madde, 324. madde, 325. madde, 337. madde, 339. madde ve 346. maddedir²¹⁷. TMK'nın 339. maddesinin birinci fıkrasında, *“Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar.”* ifadesiyle çocuğun menfaatinin çocukla ilgili bakım ve eğitim konularında göz önüne alınması gerektiğine dair bir düzenleme yapılmıştır. Burada eleştirilebilecek bir nokta, maddenin çocuğun menfaatinin gözetilmesinde yalnızca bakım ve eğitim konusunda bir sınırlama yapmış olmasıdır. Burada “bakım” kavramından ne anlaşılması gerektiği konumuz bakımından önemli bir noktadır. Sağlığına veya vücut bütünlüğüne müdahale niteliğindeki fiillerin de “bakım” kapsamında kabul edilip edilmeyeceği, kanaatimizce ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur²¹⁸.

TMK'nın “Çocuğun korunması” üst başlıklı ve “Koruma önlemleri” başlıklı 346. maddesinde yer alan, *“Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.”* düzenlemesiyle birlikte, çocuğun menfaati ve gelişmesi

²¹⁷ YÜCEL, s. 127-128. TMK'nın 317. maddesi evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına dair olup *“Yasal sebep bulunmaksızın rıza alınmamışsa, rızası alınması gereken kişiler, küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse, hâkimden evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilirler.”* şeklindedir. TMK'nın 324. maddesi çocuk ile kişisel ilişkinin düzenlenmesine dair olup 3. fıkrasında *“Velayet kendisine bırakılan ana veya baba, kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerini yerine getirmezse çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayet değiştirilebilir...”* hükmü yer almaktadır. TMK'nın 325. maddesi çocuğun diğer kişilerle ilişkisini düzenlemektedir ve *“... çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere ... tanınabilir.”* şeklindedir. TMK'nın 337. maddesi velayete ilişkin olup anne ve babanın evli olmaması durumunu düzenlemekte, 2. fıkrasında *“Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir.”* hükmünü içermektedir.

²¹⁸ Çocuğun yararının önceliği kapsamında, TMK'nın 283. maddesinde düzenlenen soybağına ilişkin davalarda yetki ve yargılama usulüne dair hükme göre, soybağı davasının taraflardan birinin doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemesinde açılacağını ifade eden hükmün, çocuğun yararının gözetilmesine tipik bir örnek olarak gösterilebileceğine dair değerlendirme için bkz. SEROZAN, s. 162.

konusunda çocuğun üstün yararı kapsamında hâkim tarafından koruma önlemlerinin alınacağına dair emredici bir hüküm bulunmaktadır.

2.2.3.3.3 Çocuğun İstismarına Neden Olan Haller

Çocuğun istismarına neden olan hallerin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında neler olabileceğine değinmeden önce, çocuk istismarının tanımına bakmak gerekmektedir. İlk olarak 1962 yılında *Henry Kempe* tarafından ifade edilmiş olan bu kavramı niteleyen eylemler, her ne kadar insanlık tarihi kadar eski olsa da bu konudaki çalışmalar ve farkındalıklar son yüzyıl içinde ortaya konulmaya başlanmıştır²¹⁹.

Çocuk istismarı konusunda öğretilerde farklı tanımlamalar yapılmıştır. *Ziyalar*'a göre, “...çocuk ve gençlerin, kendilerini etkileyen tutum ve davranışlara maruz kalarak ya da gereksindikleri ilgi, sevgi ve bakımdan mahrum bırakılarak toplumsal ve bilimsel standartlara göre psikolojik hasara uğratılmalarıdır.”²²⁰. *Polat*'a göre, “Çocuğun sağlığını ve her türlü gelişimini olumsuz yönde etkileyen davranışlar” istismar olarak adlandırılır²²¹. *Karaman Kepenekci*'ye göre, “...çocukların, başta anne babaları olmak üzere, bakmakla yükümlü kimseler ve diğer yetişkinler tarafından fiziksel, duygusal, zihinsel veya cinsel gelişimlerini engelleyen ya da beden veya ruh sağlığına zarar veren, kaza sonucu olmayan durumlarla karşı karşıya bırakılması” çocuk istismarının tanımını oluşturmaktadır²²².

²¹⁹ ZİYALAR, Neylan: Çocuk İstismarı ve Çocukla Adli Görüşme, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 29. POLAT, Oğuz: Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı-1, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 25.

²²⁰ ZİYALAR, s. 29.

²²¹ POLAT, s. 26. İstismarın nedenlerini ve kaynağını araştırmaya yönelik birçok teori ortaya atılmıştır. Bu teoriler; psikiyatrik model, bireysel psikopatoloji, ebeveyn ilişkileri, sosyolojik model, kültürel etmenler, toplumsal sınıf, toplumdan soyutlanmışlık, ailedeki özel durumlar, sosyal-durumsal model şeklinde sınıflandırılmıştır. Teoriler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. POLAT, s. 52-56.

²²² KARAMAN KEPENEKÇİ, Yasemin: “Hukuksal Açıdan Çocuk İstismarı ve İhmali”, *Katkı Pediatri Dergisi – Adli Pediatri ve Çocuk İstismarı*, 22(3), 2001, s. 263.

İstismarın temel türleri; fiziksel istismar, cinsel istismar, duygusal istismar ve ihmaldir²²³. Çocuğun vücudu üzerinde gerçekleştirilen ve kaza sebepli olmayan yaralamalar fiziksel istismar olarak adlandırılmıştır. Genellikle çocuğun fiziksel olarak veya çeşitli objelerle yaralanması sonucunda ortaya çıktığı ifade edilmiştir²²⁴. “Hırpalanmış çocuk sendromu” veya “sarsılmış bebek sendromu” şeklinde çeşitlerinin de olduğu bu tür istismarda çocuğun vücudu üzerinde gerçekleştirilmiş ve herhangi bir açıklaması olmayan yaralanmalar ya da özellikle bebeklerin kollarından veya omuzlarından tutularak sarsılması nedeniyle beyinlerinde oluşan hasarlar ortaya çıkmaktadır²²⁵. Cinsel istismar, bir çocuğun yetişkin biri tarafından cinsel haz duyma amaçlı olarak kullanılması şeklinde kısaca ifade edilebilecektir. Yetişkin kişinin çocuğun ebeveyni olması da mümkündür²²⁶. Duygusal istismar ise, çocuğun daha çok sosyal açıdan istismar edilmesidir. Burada çocuktan kapasitesinin üstüne çıkmasının beklenmesi, mevcut durumunun kötülenmesi, sosyal ilişkilerinden ve gerekli ilgi ya da sevgiden mahrum bırakma veya terk edilme ile tehdit edilmesi sonucunda psikolojik olarak zarara uğratma amacı söz konusudur²²⁷.

Özellikle ihmal çerçevesinde, çocuğun vücudu üzerinde kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmasına engel teşkil edebilecek nitelikte olan tıbbi ihmalden ve

²²³ POLAT, s. 28. Ayrıca istismar türleri arasında ekonomik istismarın da bulunduğu ifade edilmiştir. Bkz. BAKTİR ÇETİNER, s. 102. Bunun yanında çocukların dilendirilmesi, beden ve ruh sağlığı üzerinde olumsuz etkilerin olabilecek iş ve koşullarda çalışmaları da istismar türleri arasında sayılmıştır. KONANÇ, Esin: “Türk Hukuk Sisteminde Çocuk İstismarı ve İhmali”, Ankara University Journal of Faculty of Educational Sciences, 20(1), 1987, s. 5-7.

²²⁴ POLAT, s. 47. BAKTİR ÇETİNER, s. 98. Fiziksel istismarın türleri ve ortaya çıkan yaralanmaların açıklanması hakkında detaylı bilgi için bkz. POLAT, s. 65 vd. ZİYALAR, s. 33 vd.

²²⁵ BAKTİR ÇETİNER, s. 98. Sarsılmış bebek sendromuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. İLTAŞ, Yiğit: “Sarsılmış Bebek Sendromunun Türk Ceza Kanunundaki Bazı Hükümler Kapsamında Değerlendirilmesi”, BUHFD, 17(206), 2022, s. 171 vd.

²²⁶ POLAT, s. 47. BAKTİR ÇETİNER, s. 100. Cinsel istismarın türleri ve bunların açıklanması hakkında detaylı bilgi için bkz. POLAT, s. 101 vd. ZİYALAR, s. 41 vd.

²²⁷ POLAT, s. 48. BAKTİR ÇETİNER, s. 101. Duygusal istismarın türleri ve bunların açıklanması hakkında detaylı bilgi için bkz. POLAT, s. 273 vd.

ebeveynlerin çocukları hakkında gerçekte olmayan hastalıkları gerekçe göstererek gereksiz tıbbi müdahaleye maruz kalmasına neden olan “Munchausen by Proxy Sendromu”ndan bahsetmekte yarar vardır²²⁸.

2.2.3.3.1 Tıbbi İhmal

Tıbbi ihmal, “*Ekonomik olanaklar yeterli olmasına karşın bir çocuk için gerekli, yaşına uygun tıbbi bakımın sağlanmasında yetersizlik*” olarak tanımlanmıştır. Örneğin; hastalık veya yaralanma gibi durumlarda çocuğun sağlık kuruluşuna zamanında gelmemiş olması, çocuğun sağlığıyla ilgili verilen tıbbi önerilere ebeveynlerin uymaması, çocuğun hayatını tehdit eden durumlarda ebeveynin tedaviyi reddetmesi veya gerekli tedaviyi sağlamaktan kaçınması, çocuğun gerekli sağlık kontrollerinin ve aşılarının zamanında yapılmaması ya da eksik yapılması durumları, tıbbi ihmal türleri arasındadır²²⁹. Bir başka tanıma göre tıbbi ihmal, çocuğa bakmakla yükümlü olan kişinin gerekli tıbbi bakımı sağlamaması ya da sağlanması için gerekenleri yapmaması, örneğin önerilen tedavi yöntemlerine uymama, olarak ifade edilmiştir²³⁰.

Bununla birlikte, ebeveynin dini inancından dolayı çocuğuna yapılacak tedaviyi reddetmesi veya sonlandırması, tıbbi ihmal olarak kabul edilmemiştir. Ancak bu gibi

²²⁸ Çocuk istismarının birçok çeşidi olmakla birlikte, çalışma konusunun dışına çıkmamak adına ve çalışmada çocuk üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler konu edinildiği için yalnızca tıbbi ihmal ve “Munchausen by Proxy Sendromu” ele alınacaktır.

²²⁹ POLAT, s. 313. Fiziksel istismardan daha sık görülmesine karşın, ihmalin ancak ciddi bir yaralanma veya ölüm sonucunda dikkate alındığı, hatta ihmal durumlarındaki ölümlerde bile bunun doğal ölüm ya da kaza olarak kayıtlara geçtiği hususunda bkz. DOKGÖZ, Halis/ŞAM, Bülent/ERSOY, Gökhan/MÜSELLİM, Nurşen Turan: “Ölümlerle Sonuçlanan Çocuk İhmali: Bir Olgu Sunumu”, Adli Tıp Bülteni, 7(3), 2002, s. 106.

²³⁰ KILLOUGH, Emily/SWEENEY, Brooke/HAMPL, Sarah E./BECK, Amy R.: “Medical Neglect and Obesity” in: Child Abuse: Medical Diagnosis and Management (Ed. Antoinette LASKEY, Andrew SIROTNAK), 4th Edition, American Academy of Pediatrics, Illinois 2020, s. 639. Bu görüş aynı zamanda obezitenin de tıbbi ihmal türlerinden biri olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. KILLOUGH/SWEENEY/HAMPL/BECK, s. 640. Amerika Birleşik Devletleri’nde mahkemelerin, çocuğun yakın bir zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya olduğu tıbbi ihmal vakalarında, ebeveyn haklarını kısıtlamaya ilişkin birçok karar verdiği belirtilmiştir. KILLOUGH/SWEENEY/HAMPL/BECK, s. 645.

örneklerde, çocuğun hayatını veya sağlığını tehlike altına sokan bir durum varsa, mahkeme kararıyla çocuğa gerekli müdahalenin sağlanabileceği de ifade edilmiştir²³¹. Kanaatimizce, her ne kadar tedavinin reddedilmesi veya sonlandırılmasının dini inanç gereği olması halinde bunun tıbbi bir ihmal olarak kabul edilmediği düşünülse de özellikle çocuğun sağlığını veya hayatını tehlikeye düşürecek durumlarda bunun bir tıbbi ihmal haline dönüştüğü kabul edilmelidir. Zira sağlık hakkı ve yaşam hakkı, inanç özgürlüğü ile kıyaslandığında, kanaatimizce daha ağır basmaktadır. Bu gibi hallerde ebeveynin inanç özgürlüğü gerekçesiyle çocuğunu tehlikeye atması bir tıbbi ihmal türü olarak kabul edilmelidir.

Ebeveynin ayrıca, çocukları için alternatif sağlık bakımı arama hakkının da olduğu, ancak deneysel tedavi yöntemlerinin denenmeden bunun yapılması ve sonucunda çocuğun sağlığının zarar görmesi halinde, durumun tıbbi ihmal olarak adlandırılacağı ifade edilmiştir²³². Geleneksel ve tamamlayıcı tıp olarak adlandırılan bu tür uygulamalarda Türk hukukunda bir düzenlemeye sahip olan söz konusu yöntemlerin uygulanması yasal olarak mümkündür²³³. Kanaatimizce çocuğun üstün yararı ilkesi dikkate alınarak, ebeveynin deneysel tıba başvurusu gerekmektedir. Aksi durumda ve çocuğun bundan zarar görmesi halinde tıbbi ihmalden bahsedilebileceği gibi hem ilgili alanda müdahaleleri gerçekleştiren kişinin ve dahil olan çalışanların hem de ebeveynin ceza sorumluluğu ortaya çıkabilecektir. Ayrıca çocuğun herhangi bir sağlık sorunu bulunmamasına rağmen ebeveynin çocuk üzerinde bu tür müdahalelerin

²³¹ POLAT, s. 313.

²³² POLAT, s. 313.

²³³ 27.10.2014 tarihli ve 29158 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmış olan “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği” ile konu düzenlenmiş olup akupunktur, apiterapi, fitoterapi, hipnoz, sülük uygulaması, homeopati, kayropratik, kupa uygulaması, mezoterapi, ozon uygulaması gibi uygulamaların sertifikalı yetkili hekimler tarafından gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir.

gerçekleştirilmesine izin vermesi durumunda ceza sorumluluğunun doğması kanaatimizce mümkün olacaktır. Zira burada tıbbi müdahalenin şartları bulunmadığı gibi yetişkinlerin rızasıyla bazı müdahalelerin yapılabilmesi çocuklar için de ebeveynin rızasıyla yapılabilmesini mümkün kılmaz. Önemli olan çocuğun menfaati ve üstün yararadır ve bu tür alternatif tıp yöntemlerinin olumsuz sonuçlarının veya yan etkilerinin ortaya çıkma ihtimali her zaman için bulunmaktadır²³⁴.

2.2.3.3.2 Munchausen by Proxy Sendromu

Kişilerin gerçek dışı şikayetlerle doktora başvurup çeşitli tanı ve tedaviler alması, “Munchausen Sendromu” olarak adlandırılmaktadır. Hastane bağımlılığı, cerrahi girişim bağımlılığı veya profesyonel hasta sendromu olarak da bilinen bu sendroma sahip hastalar, şikayetlerinde fiziksel bulgular ortaya çıkarma özelliğine sahiptirler. Bu durumun bir kişilik sapması olduğu tespit edilmiştir²³⁵. İlk kez 1951 yılında bir grup hastanın hastane hastane dolaşarak kendilerine çeşitli şikayetler uydurmalarını tanımlamak için kullanılmıştır²³⁶.

²³⁴ Son zamanlarda ülkemizde bebek ve çocuklara hacamat uygulamasının gerçekleştirildiğine ilişkin çeşitli haberlerin basına yansması üzerine İstanbul Tabip Odası’nın bu konuda bir basın açıklamasıyla görüş bildirmiştir ve bu uygulama bir çocuk istismarı olarak kabul edilmiştir. Hacamatın bilimsel etkinliğinin kanıtlanmadığı, riskleri ve yan etkilerinin bulunduğu ifade edilmiş ve çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde bu uygulamanın çocuk istismarı niteliğinde olduğu vurgulanmıştır. İstanbul Tabip Odası, “Bebeklere ve Çocuklara Hacamat Uygulanması Sağlığa Zararlıdır!”, <https://istabip.org.tr/7990-bebeklere-ve-cocuklara-hacamat-uygulanmasi-sagliga-zararlidir.html>, 30 Temmuz 2024 (e. t. 01.12.2024).

²³⁵ POLAT, s. 321. CULOTTA, Paige/THACKERAY, Jonathan, “Medical Child Abuse”, Child Abuse: Medical Diagnosis and Management, (Ed. Antoinette Laskey, Andrew Sirotnek), 4th Edition, American Academy of Pediatrics, Illinois 2020, s. 673.

²³⁶ EŞİYOK, Burcu/HANCI, İ. Hamit: “Yapay Bozukluk: Munchausen Sendromu”, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, 10(9), 2001, s. 326. POLAT, s. 322. CULOTTA/THACKERAY, s. 673-676. TÜMER, Ali Rıza/BALSEVEN ODABAŞI, Aysun/FOTO ÖZDEMİR, Dilşad/MUTLU, Erdem İlker/KAYNAK, Ayşe Derya, “Çocuk İstismarı’nın Ağır Bir Türü: Bakım Veren Yapay Bozukluğu’na (Munchausen By Proxy Sendromu) Hukuki ve Tıbbi Bakış”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (6), 2016, s. 583. Bu hastaların şikayetçi oldukları hastalıkları dışında, özellikle psikiyatrik sorunlarının bulunduğu, kendi kendilerini yaralayabilecekleri ve zarar verebilecekleri niteliklere sahip oldukları, patolojik yalan söyleme ile birçok sağlık çalışanını kandırdıkları da tespit edilmiştir. EŞİYOK/HANCI, s. 326.

Sendromun çocuk istismarı türleri arasında yer alan versiyonu ise, “Munchausen by Proxy Sendromu”²³⁷ olarak ifade edilmiştir ve ilk olarak 1979 yılındaki bir vakada tespit edilmiş, mahkemeye bu isimle sunulmuştur²³⁸. Bu versiyonda, ebeveynlerin çocuklarında çeşitli belirtiler oluşturarak gereksiz ve süregelen tıbbi müdahalelere veya tıbbi araştırmalara maruz kalmasına yol açmaları söz konusu olmaktadır. Şikayetler ve bulgular hastaya değil, ona bakmakla yükümlü olan kişilere aittir ve onlar tarafından üretilmiştir. Sıklıkla anne tarafından ortaya atılan hastalık nedenleri ve şikayetler, çocuğa bir hastalık uydurulmasıyla süreklilik arz eder hale gelmekte, hatta bazı vakalarda çocukların hayatlarını kaybettikleri ifade edilmektedir²³⁹. Hatta doktorların çocuklarına yönelik teşhis ve tedavilerinden dolayı ebeveynin haz ve mutluluk duyduğu belirtilmiştir²⁴⁰. Bunun yanında durumun yargıya yansıdığı hallerde de ebeveynin son derece makul davrandığı, çocuklarının sağlığı için bir arayışta olan ailenin nasıl olup da bu çocuklarında olmayan bir hastalığı öne sürdüklerini hâkim ve avukatların dahi anlamakta güçlük çektiği ifade edilmiştir. Ailenin çizdiği bu güven duygusunun istismarın tespitinde bir engel oluşturduğu da vurgulanmıştır²⁴¹.

Ani bebek ölümleri veya havasızlıktan boğulma, kaza dışı zehirlenme gibi vakalarının büyük bir kısmının bu sendromdan kaynaklanmış olabileceği yönünde

²³⁷ “Vekil Kaynaklı Munchausen Sendromu” olarak çevrilebilir. “Vekaleten Hastalık” olarak da adlandırılmaktadır. Bu kullanım için bkz. EŞİYOK/HANCI, s. 326. Kavramın 1995 yılında “Tıbbi Çocuk İstismarı” olarak ifade edildiğine dair bkz. CULOTTA/THACKERAY, s. 673. “Bakım verenin yapay bozukluğu” veya “vekaleten hastalık oluşturma” şeklindeki kullanım için bkz. TÜMER/BALSEVEN ODABAŞI/FOTO ÖZDEMİR/MUTLU/KAYNAK, s. 581.

²³⁸ ABD’de bir annenin evlat edindiği iki çocuğun birinin ölümü diğerinin ise ağır derecede yaralanması sonucu ortaya çıkan bu durum ilk kez mahkeme önünde tartışılmıştır. People v. Philips olarak adlandırılan bu davada anne her iki çocuk açısından da ayrı ayrı öldürme ve kasten başkasının sağlığını tehlikeye atma suçundan yargılanmıştır. TÜMER/BALSEVEN ODABAŞI/FOTO ÖZDEMİR/MUTLU/KAYNAK, s. 599.

²³⁹ POLAT, s. 322. CULOTTA/THACKERAY, s. 673-676. TÜMER/BALSEVEN ODABAŞI/FOTO ÖZDEMİR/MUTLU/KAYNAK, s. 582.

²⁴⁰ POLAT, s. 322.

²⁴¹ TÜMER/BALSEVEN ODABAŞI/FOTO ÖZDEMİR/MUTLU/KAYNAK, s. 595.

düşünceler mevcuttur. İngiltere ve İrlanda’da yapılan bir araştırmada bu tür vakaların yaklaşık yarısının bu sendrom kaynaklı olduğu değerlendirilmiştir²⁴². Bu sendromun tanımlanması Amerikan Psikiyatri Birliği tarafından yapılmıştır. İngiltere’deki çocuk koruma kuruluşları da sendromu bir fiziksel istismar türü olarak kabul etme eğiliminde oldukları ifade edilmiştir. Esasında ebeveynin kişilik bozukluğundan kaynaklanan bu davranışlar, istismarın türünün belirsizliği, bilgi kısıtlılığı, etnik gruplardaki uygulamaların farklılıkları gibi çeşitli nedenlerden dolayı tam olarak belirlenemediği belirtilmiştir²⁴³. Bununla birlikte, yapılan güncel araştırmalarda genellikle 6 yaşından küçük çocuklarda bu vakanın görüldüğü aktarılmış ve gerçek sayının araştırmalara yansıyandan çok daha fazla olduğunun düşünüldüğü ifade edilmiştir²⁴⁴. Türkiye’de ise bu sendroma dair yapılan çeşitli bilimsel çalışmalar dışında bir istatistiksel verinin mevcut olmadığı belirtilmiştir²⁴⁵.

Sendromun hukuki boyutuna değinmek gerekirse, aslında burada ebeveynin çocukları üzerindeki yükümlülükleri ile çocuğun haklarının çatıştığı söylenebilecektir. Velayete ilişkin olarak daha önce de bahsedildiği gibi anne-babanın velayet kapsamında yerine getirmesi gereken bazı yükümlülükler bulunmaktadır ve çocuğa bakım sağlamak, sağlıklı bir ortam yaratmak bunların arasındadır. Ancak “Munchausen by Proxy” sendromu, bunun tam tersine neden olmakta, çocuğun sağlığı ve refahına zararlı sonuçlar

²⁴² POLAT, s. 327. Sendrom mağduru çocuklara teşhis koymakta zorlanan hekimlerin, yanlış tanı koyma veya tıbbi kötü uygulamaya neden olabilecek tedaviler uygulamasının da mümkün olduğu ifade edilmiştir. POLAT, s. 334.

²⁴³ Bu sendromun “Ruhsal Bozuklukların Tanımsal ve Sayımsal El Kitabı (DSM 5)”nda yapay bozukluklar başlığı altında “Bir Başkasına Yüklenen Yapay Bozukluk” adıyla yer aldığı ve dolayısıyla da resmi olarak ruhsal bir bozukluk olarak kabul edildiğine dair bkz. TÜMER/BALSEVEN ODABAŞI/FOTO ÖZDEMİR/MUTLU/KAYNAK, s. 586-587.

²⁴⁴ Konuyla ilgili yapılan araştırmaların değerlendirmesi için bkz. TÜMER/BALSEVEN ODABAŞI/FOTO ÖZDEMİR/MUTLU/KAYNAK, s. 587.

²⁴⁵ POLAT, s. 332.

ortaya çıkarabilmektedir. Hatta yapılan araştırmalarda çocuğun ölümüne kadar giden sonuçlara ulaşabildiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla çocuğun üstün yararının korunması amacıyla devletin müdahalesi mümkün olabileceken diğer yanda ailenin ve özel hayatın korunmasına ilişkin menfaatlerle bir çatışma doğabilecektir²⁴⁶.

Bu çatışmanın çözümünde bakılması gereken, çocuğun zarar görüp görmediği veya ne derecede zarar gördüğüdür. Zira velayet konusunda da değinildiği gibi çocuğun üstün yararının zedelenmesi veya velayet yetkisinin kullanılmasıyla arasında bir çatışma bulunması halinde çocuğun üstün yararı öncelikli olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda da çocuğun gereksiz ya da fazla tedaviye maruz kalması vücut bütünlüğünün aslında herhangi bir tıbbi zorunluluk olmadığı halde bozulmasına ve hatta dahası, yaşam hakkının ihlaline neden olabilecek niteliktedir. Bu gibi hallerde devletin çocuğun korunması açısından velayet konusunda devreye girerek TMK'da yer alan velayetin kaldırılması yoluna başvurulabilmesi mümkün olacaktır²⁴⁷.

2.2.4 Hakkın Hukuki Temelleri

2.2.4.1 Uluslararası Hukuk

Kendi geleceğini belirleme hakkının doğrudan veya dolaylı olarak ele alındığı birçok uluslararası sözleşme ve bildiri bulunmaktadır. Örneğin Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo veya Biyotıp Sözleşmesi), Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi: İnsan Konulu Tıbbi Araştırmalarda Etik İlkeler, Dünya

²⁴⁶ TÜMER/BALSEVEN ODABAŞI/FOTO ÖZDEMİR/MUTLU/KAYNAK, s. 598.

²⁴⁷ TÜMER/BALSEVEN ODABAŞI/FOTO ÖZDEMİR/MUTLU/KAYNAK, s. 604-605.

Tabipler Birliği Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi, Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi, Dünya Tabipler Birliği Ötanazi Bildirgesi bunlardan bazılarıdır.

Özellikle uluslararası sözleşmelerin iç hukuk açısından önemine bakılacak olursa, Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu sözleşmelerde Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasında yer alan “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. ... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” hükmü gereğince uluslararası sözleşmelerin uygulanması gerekebilecektir. Bu nedenle sözleşme hükümlerinin incelenmesi, iç hukukta uygulanacak hükümler açısından da önem teşkil etmektedir.

2.2.4.1.1 Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi

Uluslararası anlamda önemli bir yere sahip olan ve Türkiye Cumhuriyeti’nin de imzalayıp onayladığı, dolayısıyla iç hukukta bağlayıcılığı bulunan bir metin olan Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, bir hasta hakları belgesi olarak yorumlanmakla birlikte, sahip olduğu uluslar üstü düzeydeki yeriyle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla daha güçlü bir seviyeye ulaşmıştır²⁴⁸. Özellikle, özerklik ilkesinin bu sözleşme ile uluslar üstü nitelikli ve bağlayıcı bir belgede ilk kez yer alması olumlu karşılanmıştır²⁴⁹.

²⁴⁸ SERT, Gürkan: Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 69.

²⁴⁹ KATOĞLU, Tuğrul: “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, AÜHFD, 55(1), 2006, s. 172.

Sözleşmede hasta hakları kapsamında, tıbbi müdahalelerde rızaya ilişkin hükümler bulunmaktadır. Sözleşme'nin "İnsanın Önceliği" başlıklı 2. maddesi; insanın menfaatlerinin ve refahının, bilim veya toplumun menfaatlerinin üstünde tutulacağını ifade etmektedir. Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasına göre, *"Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir."* Burada rızaya ilişkin açık bir düzenleme yapılmıştır. Devamında ise, *"İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir."* şeklindeki hükümle rızanın her zaman geri alınabileceği, yani kişinin bu süreçte sonradan da tedaviyi reddedebileceği ifade edilmiştir. Sözleşme doğrudan, kendi geleceğini belirleme hakkına dair bir düzenleme içermemekle birlikte, 5. maddenin kendi geleceğini belirleme hakkını koruduğu ifade edilmektedir²⁵⁰.

Sözleşmenin 6. maddesinde "Muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerin korunması" başlığı altında detaylı bir düzenleme yoluna gidilmiş ve 17 ile 20. maddelere ayrıca atıf yapılmıştır. 6. maddenin 1. fıkrasında, *"17 ve 20. maddelere tâbi olmak koşuluyla, muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir."* düzenlemesiyle özellikle muvafakat yeteneği olmayan çocuklara ancak çocuğun doğrudan yararına bir tıbbi müdahale yapılabileceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, ülkelerin iç hukukuna göre bir tıbbi müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir çocuğa, sadece temsilcisinin veya iç hukuk hükümleri tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabileceği ifade edilmiş; çocuğun görüşünün, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı

²⁵⁰ BAĞÇECİ, s. 109.

bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacağı da vurgulanmıştır.

Sözleşmenin 6. maddesinde atıf yapılan “Araştırmaya muvafakat etme yeteneği olmayan kişilerin korunması” başlıklı 17. maddesinde, özel olarak tıbbi araştırmalar konusunda bir düzenleme yapılmıştır. Burada, 16. maddede yer alan araştırma için gereken şartlara ek olarak bazı şartlar öngörülmüş ve muvafakat yeteneği olmayan kişilerin korunması amaçlanmıştır. Zira maddeye göre, araştırmalarda bu şartların tümünün bulunması gereklidir ve bu da şartların yalnızca birinin mevcudiyetinin araştırmanın hukuka uygun olması için yeterli olmadığını göstermektedir.

Sözleşmenin 20. maddesinde “Organ alınmasına muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması” başlığı altında organ nakline ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Maddede, kural olarak, muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kişiden organ veya doku alınamayacağı ancak istisnai olarak ve iç hukuk tarafından öngörülmüş şartlar altında, yine bu şartların tamamının gerçekleşmesi halinde bu tür müdahalelere izin verilebilmesi mümkün kılınmıştır. Bu şartlardan kendi geleceğini belirleme hakkıyla bağlantılı olan ise, muhtemel vericinin buna itiraz etmemesidir. Dolayısıyla, maddenin lafzından, çocuğun muvafakat verme yeteneği olmasa bile 6. maddenin 2. ve 3. fıkraları dışında kendisinin de araştırmaya asgari ölçüde itiraz etmemesi gerektiği belirtilmiştir.

2.2.4.1.2 Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi: İnsan Konulu Tıbbi Araştırmalarda Etik İlkeler

İlk olarak 1946 tarihinde ele alınan, 2013 yılında son kez gözden geçirilmiş olan Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi: İnsan Konulu Tıbbi Araştırmalarda Etik

İlkeler²⁵¹, temel itibarıyla tıbbi araştırmalar konusundaki kuralları içeren bir bildirme olsa da “right to self-determination” yani “kendi geleceğini belirleme hakkı” kavramının kullanıldığı ilk bildirme olma özelliğini taşımaktadır. Bildirgenin “Genel İlkeler” kısmındaki 9. maddesinde *“Tıbbi deneklerin hayatını, sağlığını, onurunu, bütünlüğü, kendi geleceğini belirleme hakkını, mahremiyetini ve kişisel verilerinin gizliliğini korumak, tıbbi bir araştırmaya dahil olan hekimlerin görevidir.”* denerek kendi geleceğini belirleme hakkı, bildirgenin bu maddesiyle koruma altına alınmıştır.

2.2.4.1.3 Dünya Tabipler Birliği Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi

1981 tarihinde kaleme alınan ve son güncellemesi 2015 yılında yapılan Dünya Tabipler Birliği Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi²⁵²’nde “Kendi geleceğini belirleme hakkı” başlıklı 3. maddede bu hak açıkça kaleme alınmıştır. 3. maddenin birinci bendinde, *“Hastanın kendisi hakkında özgür kararlar vermek üzere kendi geleceğini belirleme hakkına sahiptir. Hekim hastayı kararlarının sonucu konusunda bilgilendirir.”* ifadesi yer almaktadır. Burada hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olduğu ifade edilmiş ve bu durumda hekime düşen görevin ne olduğu belirtilmiştir. İkinci bentte *“Zihinsel olarak yetkin olan yetişkin hastalar herhangi bir tanı yöntemi veya tedaviye rıza gösterip göstermeme hakkına sahiptir. Hasta karar vermesi için gerekli bilgilendirmenin yapılması hakkına sahiptir. Hasta yapılacak test veya tedavinin amacının ne olduğunu, sonuçların beraberinde neler getirebileceğini ve rıza vermeyecek olması halinde ne gibi sonuçların ortaya çıkabileceğini açık bir şekilde anlayabilecek*

²⁵¹ Çalışmanın ilerleyen kısımlarında Helsinki Bildirgesi olarak anılacaktır. WMA Declaration of Helsinki - Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects - <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2022/11/HB-E-Version-2022-2-2.pdf> (E.t. 25.12.2022).

²⁵² Çalışmanın ilerleyen kısımlarında Lizbon Bildirgesi olarak anılacaktır WMA Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient, 3. madde, <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2005/09/Declaration-of-Lisbon-2005.pdf> (E.t. 24.12.2022).

olmalıdır.” ifadesiyle vurgulanan konu ise, yetişkin ve ayırt etme gücüne sahip hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmak istediğinde, tedaviyle ilgili olarak aydınlatılmasının yöntemiyle ilgili detaylardır. Bildirge’nin 3. maddesinin lafzından anlaşılmaktadır ki, kendi geleceğini belirleme hakkının yalnızca zihinsel olarak yetkin olan yetişkin hastalar tarafından kullanılabileceği kabul edilmektedir. Zira Bildirge’nin 5. maddesinde hukuken ehliyetsiz olan hastalar üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler açısından ayrı bir açıklama yapılmış ve bu durumdaki müdahalelerde rıza konusu ele alınmıştır.

Bildirgenin 5. maddesinde, *“Bir hasta reşit değilse ... bazı kararlarda yasal temsilcinin rızası gereklidir. Bununla birlikte hasta, kapasitesinin elverdiği ölçüde karar alma sürecine dahil olmalıdır.”* demek suretiyle, her ne kadar reşit olmayan hasta için bazı kararlarda yasal temsilcinin onayının gerektiği ifade edilse de çocuğun da algılama yeteneği doğrultusunda, karar verme sürecinde söz hakkı sahibi olması gerektiği vurgulanmıştır. Hatta maddenin devamında *“Yasal yeterliliği olmayan hasta, mantıklı kararlar verebiliyorsa, kararlarına saygı duyulmalıdır ve bilgilerinin yasal temsilcisine açıklanmasını yasaklama hakkına sahiptir.”* ifadesiyle de bu hastaların kendi gelecekleri hakkında söz sahibi olabilecekleri net bir şekilde vurgulanmıştır²⁵³.

²⁵³ Lizbon Bildirgesi 5. madde, <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2005/09/Declaration-of-Lisbon-2005.pdf> (E.t. 30.07.2023).

2.2.4.1.4 Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi (Amsterdam Bildirgesi)²⁵⁴

1994 yılında hazırlanan Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi (Amsterdam Bildirgesi), Dünya Sağlık Örgütü’ne üye olan Avrupa ülkelerindeki hasta haklarının geliştirilmesini amaçlamış²⁵⁵ ve buna yönelik olarak birçok konuda düzenlemeler getirmiştir. Bildirge’nin “Sağlık Hizmetinde İnsan Hakları ve Değerler” başlıklı bölümünde yer alan maddelerde dikkat çeken bir husus, herkesin kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olduğu ifadesidir. Özellikle insan hakları ve değerler başlığı altında bu hakka vurgu yapılmış olması, hakka önem atfedildiğini ve mutlaka dikkate alınması gerektiğini bir kez daha vurgulamaktadır. Bildirge’nin “Rıza” başlıklı bölümünde ise, “*Yasal temsilcinin onayı gerektiğinde, hastalar (ister küçük ister yetişkin olsun) yine de kapasitelerinin elverdiği ölçüde karar alma sürecine tam anlamıyla dahil edilmelidir.*” ifadesi yer almakta, hastanın çocuk da olsa, kendisi hakkındaki işlemlerde mümkün olduğunca karar verme sürecine dahil olabilmesine imkan sağlamaktadır.

2.2.4.1.5 Dünya Tabipler Birliği Mesleki Otonomi ve Klinik Bağımsızlık Hakkında Seul Bildirgesi

2008 yılında ortaya konan ve 2018 yılında gözden geçirilen Dünya Tabipler Birliği Mesleki Otonomi ve Klinik Bağımsızlık Hakkında Seul Bildirgesi’nde de kendi geleceğini belirleme hakkına yer verilmiştir. Bildirgenin 3. maddesinde “*Hastaların alacakları tıbbi müdahalelere karar verme konusunda kendi geleceğini belirleme hakkına*

²⁵⁴ Çalışmanın ilerleyen kısımlarında Amsterdam Bildirgesi olarak anılacaktır. A Declaration on the Promotion of Patients' Rights in Europe, 1. madde, http://www.nurs.uoa.gr/fileadmin/nurs.uoa.gr/uploads/Nomothesia_Nosilefton/Evropaika_keimena/eu_declaration1994_1_.pdf (e.t. 30.07.2023).

²⁵⁵ SERT, s. 60.

sahip olmaları göz önüne alındığında, hekimlerinin klinik olarak uygun tavsiyeler vermesinde özgür olmasını beklerler.” denmekte, kendi geleceğini belirleme hakkının tıbbi olarak da kabul edildiği ifade edilmektedir. Her ne kadar madde, hekimlerin karar vermede ve tedavide özgür ve yetkin olmalarıyla bağlantılı olsa da hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını kabul etmesi açısından önem arz etmektedir.

2.2.4.2 Ulusal Hukuk

Kendi geleceğini belirleme hakkı, hukukta net bir şekilde tanımlanmamış bir haktır. Bu konuda Türk hukukunda açıkça yer alan, sınırları ve kapsamı belirlenmiş bir hak mevcut değildir. Ancak, hukuk düzeninde kendi geleceğini belirleme hakkıyla bağlantılı olduğu düşünülen bazı düzenlemelerin mevcut olduğu ifade edilmektedir²⁵⁶.

Kişilik hakkının, yaşamın, özel alanın ve kişisel özgürlüğün korunması bakımından hukuki çerçevede kişiliğin bir unsurunu oluşturan kendi geleceğini belirleme hakkı, kişinin özel alanını dış müdahalelerden korumasının yanında, kendi özgür gelişimini de sağlamaktadır. Dolayısıyla, kişilik hakkı ve kişisel özgürlükle birlikte bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir²⁵⁷. Zira kişilik ve kişilik değerleri üzerindeki tasarruf özgürlüğü, müdahaleler konusunda kişiye bir karar verme imkânı sunmakla birlikte, bu yetki sayesinde hem anayasada hem de kanunlarla korunan değerlere bir ihlal söz konusu olduğunda bu ihlalin hukuka aykırı olmaktan çıkması sonucunu da doğurabilecektir. Hatta bu tasarruf yetkisinin kişinin yalnızca yaşarken değil, öldükten sonra da vücudu üzerinde kullanılmasına imkân veren bir niteliği olduğu ifade edilmektedir²⁵⁸.

²⁵⁶ KESKİN, s. 31.

²⁵⁷ KESKİN, s. 25.

²⁵⁸ van SPYK, s. 36’dan aktaran KESKİN, s. 63.

Kendi geleceğini belirleme hakkı ceza hukuku açısından ise rıza - tıbbi müdahaleler açısından aydınlatılmış rıza - kavramına kaynaklık etmektedir. Üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulabilen kişisel menfaatler açısından rızanın önemi büyüktür. Kişinin (tıbbi müdahaleler açısından hastanın), vücut bütünlüğüne yapılan müdahalelere rıza gösterme veya göstermeme hakkı bulunmaktadır ve bu hakkı herhangi bir baskı altında kalmadan serbestçe kullanabilmesi gerekmektedir. Bazen hukuki düzenlemelerle bu hakkın kullanımının sınırlandırılması söz konusu olsa da bu sınırlar hakkın temel niteliğini ortadan kaldırmaz. Rıza, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına dayanır ve bu hak, başkalarının kararlarına saygı gösterme ve aynı saygıyı talep etme hakkını içerir²⁵⁹.

Tıbbi konularla ilgili olarak başta Anayasa olmak üzere, Türk hukukunda çok sayıda kanun, tüzük, yönetmelik gibi metinler ve aynı zamanda tıp mesleğinin icrasında sağlık çalışanlarının uymakla yükümlü olduğu bazı etik kurallar bulunmaktadır. Bunların bazıları; 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıha Kanunu, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, Hasta Hakları Yönetmeliği, Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği, Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliği, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları şeklinde sayılabilir. Ancak bunların yalnızca bir kısmında kendi geleceğini belirleme veya tedaviyi ret hakkı gibi düzenlemeler yer almaktadır.

²⁵⁹ GÖBEL, Alfred A.: Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, Frankfurt am Main, 1992, s. 23'ten aktaran YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 194-195.

2.2.4.2.1 Anayasa Hukuku

Kendi geleceğini belirleme hakkı, 1982 Anayasası'nda açıkça düzenlenmiş bir hak değildir²⁶⁰. Dolayısıyla öncelikle, Anayasa'da düzenlenmemiş bir hakkın hukuk düzeninde korunup korunmayacağını açıklamak gereklidir. Bunun için, hak ve özgürlük kavramlarına kısaca değinerek Anayasa'da doğrudan yer almayan hakların korunmasının mümkün olup olmadığına dair bir sonuca ulaşılabilecektir.

Hak ve özgürlük kavramları her ne kadar farklı tanımlansalar da aslında birbirini tamamlayıcı niteliktedirler. Özgürlük olmadan haklardan bahsetmek mümkün olmayacakken, hakların tanınmamış olması durumunda da özgürlüğün bir anlamı kalmayacaktır. Özgürlükler esasen bütün hakların ortak kökeni olarak ifade edilmiş, bir eylemi gerçekleştirebilmek veya bu konuda karar verebilmek şeklinde dış dünyaya yansıyabilecek ve diğer kişilere karşı öne sürülebilecek haklara sahip olmak olarak açıklanmıştır. Haklar ise özgürlüklerin gerçekleşmesini sağlayacak hukuk kaynaklı güvenceler olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda özgürlüğün kullanılması için bir araç niteliğindedir ve bu kullanım esnasında üçüncü kişilerden gelen engelleyici nitelikteki müdahalelere karşı hukuk önünde özgürlüğün savunulmasını sağlamaktadır²⁶¹. Özgürlükler; soyut, kişinin kendi eylemiyle hayata geçebilecek ve kullanılabilmesi için devletin ya da diğer kişilerin hareketsiz kalmasını gerektirirken haklar ise tam tersine

²⁶⁰ Hiçbir Anayasada bu hakkın düzenlenmediğine dair bilgi için bkz. BAĞÇECİ, s. 108. Kendi geleceğini belirleme hakkının anayasal temeli konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, bu hakkın genel kişilik hakları arasında olduğunu öne sürerken diğer görüş yaşam hakkı, insan onuru veya kişinin kendini geliştirme hakkıyla bağlantılı olduğunu düşünmektedir. Görüşleri WEISSENBARGER, Philippe: Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben, Bern 1996, s. 46 ve ZILKENS, Martin: Zur Rechtfertigung lebensnotwendiger Operationen bei verweigerter Einwilligung, Diss., Köln 1985, s. 60'tan aktaran ERMAN, Barış: Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 58.

²⁶¹ KABOĞLU, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 16. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 239-240.

somut, ihlal edilmesi durumunda sahibine, devlete veya üçüncü kişilere karşı öne sürülebilme yetkisi vermektedirler²⁶².

Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlükler kavramına değinilecek olursa, bu kavramın Anayasa’da korunan hak ve özgürlükleri ifade ettiği söylenebilecektir²⁶³. Bununla birlikte, insan hakları kavramından da bahsetmek gerekmektedir. Zira Anayasa bazı yerlerde insan hakları kavramını da kullanmaktadır²⁶⁴. İnsan hakları, en basit haliyle, gerçek kişi olan insanların sahip oldukları haklar şeklinde tanımlanmıştır ve insan haklarından anlaşılması gerekenin yalnızca pozitif hukuk kurallarının koruduğu değil, bunların dışında kalan yani olması gereken hakların da korunduğu bir düzlem olması gerektiği ifade edilmiştir²⁶⁵. İnsan hakları genel olarak “*İnsanın insan olmaktan kaynaklanan hakları*” şeklinde tanımlanmaktadır. Kaynağının ise doğal hukuk öğretisi olduğu belirtilmektedir. “*Her insan bunları içinde (yüreğinde) hissettiği için, bilir.*” ifadesiyle de insan haklarının ne olduğu sorusunun yanıtının doğal hukuka dayandığı

²⁶² GÖZLER, s. 480. *Gözler* hak kavramını şu şekilde tanımlamıştır: “Kişilerin hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan menfaatleridir.” GÖZLER, s. 476.

²⁶³ GÖZLER, s. 487. Bu konuda farklı kavramlar kullanılmaktadır. Örneğin; insan hakları, kamu hürriyetleri, vatandaş hakları, kişi hakları, temel haklar gibi çeşitli kullanımlara öğretilde rastlanmaktadır. Fakat esasında bu kavramların her biri farklı korumalara işaret etmektedir. KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, 5. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1976, s. 13. GÖZLER, s. 487. Kişi hakları kavramı, hakların yalnızca bir kısmını kapsadığı için eleştirilmiştir. İnsan hakları kavramının söz konusu alanda en geniş çerçeveyi çizen ifade olduğu belirtilmiş, tüm insanlara tanınması gereken ve ideali yansıtan, bir nevi olması gerekeni belirten bir kavram olduğu ifade edilmiştir. Kamu hürriyetleri kavramının ise insan haklarının tanınmış kısmını, yani pozitif hukuka girmiş ve devlet tarafından tanınarak koruma altına alınmış olan insan haklarını ifade ettiği belirtilmiştir. *Kapani*, teorik olarak daha yerinde olduğunu düşündüğü “kamu hürriyetleri” kavramını kullanmayı tercih etmiştir. KAPANİ, s. 13-14. Kamu özgürlükleri kullanımı için bkz. AKIN, İlhan F.: Temel Hak ve Özgürlükler, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, 21 vd. Anayasa hukukunda temel hak ve hürriyet kavramının kullanılması gerektiği, zira Anayasa’da da bu kavramın kullanıldığı ve bu şekilde güvence altına alındığı, insan hakları kavramının ise daha ziyade felsefi tartışmalarda tercih edilmesinin daha doğru olacağı yönündeki görüş için bkz. GÖZLER, s. 489.

²⁶⁴ AKILLIOĞLU, Tekin: İnsan Hakları – I – Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 17, Ankara 1995, s. 6. Örneğin; Anayasa’nın 2. maddesinde, insan haklarına saygılı devlet kavramı; 14. maddesinde, insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyet kavramı; 68. maddesinde, siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemlerinin insan haklarına aykırı olamayacağından bahsedilmiştir.

²⁶⁵ GÖZLER, s. 486.

ifade edilmiştir²⁶⁶. İnsan haklarının fikri temellerinin farklı teorilere dayandığı ifade edilmektedir. Bunlar; felsefi teori, sosyolojik teori ve normatif teoridir. Felsefi teoriler; insan haklarının doğal hukuktan veya toplum sözleşmesinden kaynaklandığını, bireylerin yaradılışları itibarıyla bu haklara sahip olduklarını öne sürmektedir. Sosyolojik teoriler; insan haklarının insanların çeşitli ihtiyaçlarından doğduğunu ve toplumsal mücadeleler sonucunda bu hak ve özgürlükleri elde ettiklerini savunmaktadır. Normatif teoriler ise, hukukun insan haklarını tanımasının bir süreç sonucunda gerçekleştiğini, bu sürecin sonunda hukukun bu hakları güvence altına alarak koruduğunu ve bu sayede kullanılabilir hale geldiğini ifade etmektedir²⁶⁷.

²⁶⁶ AKILLIOĞLU, Tekin: İnsan Hakları – I – Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 17, Ankara 1995, s. 1. *Gözler*, insan hakları kavramının pozitif hukuka yansımamış ve pozitif hukukla tanınmamış, yani olması gereken hakları ifade ettiğini savunurken, *Akıllıoğlu*, insan haklarının hem uluslararası düzenlemelerde hem de iç hukukta bulunan haklar olduğunu ve insan haklarının büyük ölçüde yazılı hukukta yer aldığını öne sürmüştür. GÖZLER, s. 486. AKILLIOĞLU, s. 2. Buradan yola çıkarak, *Akıllıoğlu*'nun temel hak ve özgürlükleri de içine alan geniş bir insan hakları kavramını savunduğunu ve kullandığını söylemek mümkündür. *Gözler* her ne kadar insan haklarının pozitif hukukta tanınmayan hakları kapsadığını belirtse de günümüzde pek çok insan hakkının uluslararası düzlemde ve iç hukukta korunduğunu ifade etmektedir. GÖZLER, s. 487.

²⁶⁷ KABOĞLU, s. 243-246. Bu teoriler arasında en fazla kullanılanlar felsefi teori altındaki doğal hukuk teorisi, toplum sözleşmesi teorisi ve ferdiyetçi öğretilerdir. Doğal hukuk teorisi; evrensellik, kişisellik, dokunulmazlık, vazgeçilmezlik ve devredilmezlik özelliklerinin insan haklarına kaynaklık ettiğini öne sürmektedir. AKILLIOĞLU, s. 21. Ayrıca insanın sadece insan olduğu için bazı temel haklara sahip olduğu düşüncesini kabul eder. KAPANİ, s. 30. KABOĞLU, s. 243. Toplum sözleşmesi teorisi, gerçekliği eleştirilmekle birlikte, insanların tabiat halinde yaşarken toplum halinde bir yaşama geçiş yapmak istemeleri ve sahip oldukları özgürlüklerinden bazılarını devlet adını verdikleri kuruma devretmelerini ifade etmektedir. Bu düşünceye göre, insanlar devletten önce de haklara sahiplerdi ve dolayısıyla devlete devrettikleri özgürlükleri sınırlıydı. Devletin ortaya çıkmasından sonra da insanların bu haklara sahip olmaya devam ettiği ve devletin bu haklara müdahale edemeyeceği savunulmuştur. Zira bu hakları insanlara devlet vermemiştir, insanlar zaten devlete haklarının bir kısmını devretmeden önce de sahip bulunmaktaydılar. ESMEIN'dan aktaran GÖZLER, s. 499. KAPANİ, s. 30-31. ÜNAL, Şeref: Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 29-31. Toplum sözleşmesi teorisinin mantıksız olduğu; sözleşme fikrinin ancak toplum halinde yaşayan insanların düşünebileceği bir kavram olabileceği, tabiat halinde insanların her birinin haklara sahip olmasının durumun kendisiyle çeliştiği gibi gerekçelerle eleştirilmiştir. DUEZ, Paul: Esquisse d'une définition réaliste des droits publics individuels, Melanges Carré de Malberg, Paris 1933, s. 119'dan aktaran KAPANİ, s. 38-39. Ferdiyetçi öğreti ise; Fransız İhtilali'nin ardından bireyselleşme kavramıyla ortaya çıkmış, doğrudan doğruya insanı temel almıştır. Toplumu ve devleti oluşturan şeyin bireyler olduğu, bireyin irade sahibi olmasıyla birlikte kendi başına hareket etme hak ve özgürlüğüne sahip bulunduğu, toplum ve devletin menfaatinin bireyin menfaatiyle çatışması halinde bireyin üstün tutulması gerektiği, bireylerin de diğer bireylerin özgürlüklerine müdahale etmedikleri sürece özgür davranma hak ve özgürlüğüne sahip olduklarını savunmaktadır. KAPANİ, s. 39. GÖZLER, s. 501. ÜNAL, s. 28. Ferdiyetçi öğretinin genel özgürlük tanımı

Temel hak ve özgürlüklerin niteliği, Anayasa'nın 12. maddesinde ifade edilmiştir. Maddenin 1. fıkrasına göre, *“Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.”*. Maddenin gerekçesinde ise, *“Önce temel hak ve hürriyetlerin genel niteliği belirlenmiş; insanın insan olarak doğuştan bazı temel hak ve hürriyetlere sahip bulunduğu; binnetice, devletin bu hak ve hürriyetler önünde ‘müdahale etmez’, ‘çekimser’ bir tutum benimsemesi gerektiği belirtilmiştir.”* şeklinde bir ifadeye yer verilerek doğuştan temel hak ve özgürlüklere sahip olmanın insan olmaktan kaynaklandığı vurgulanmıştır. Bu durum, 1982 Anayasası'nın doğal hak düşüncesini benimsediği şeklinde yorumlanmıştır²⁶⁸. Bunun bir sonucu olarak da insan hakları taleplerinin kaynağının pozitif hukuk değil, doğal hukuk olduğu ve devlet bu hakları tanımasa da hakların varlığının kabul edilmesi gerektiği, devletin bu noktada bu hak taleplerine saygı göstermesi gerektiği ifade edilmiştir²⁶⁹.

Anayasa'nın 17. maddesinin, yaşam hakkına ilişkin olarak değerlendirilmesinde ise, kendi geleceğini belirleme hakkının kişinin geleceği ile ilgili olmasından dolayı, kişinin kendi akıbetini belirlerken, yaşamına son verme hakkını da kullanabileceği ifade edilmektedir. Zira 17. maddenin amacı, her ne kadar yaşam hakkının korunmasına

olarak 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 4. maddesinde yer alan “başkasına zarar vermeden her şeyi yapma iktidarı”nın kabul edildiği ifade edilmiş, bireysel haklara örnek olarak kişi hürriyeti ve güvenliği, mülkiyet hakkı, konut dokunulmazlığı, din ve inanç hürriyeti gibi hak ve özgürlükler gösterilmiştir. ESMEIN'den aktaran GÖZLER, s. 502. Bildirge'de yer alan bu hak ve özgürlüklerin doğal hukuktan kaynaklandığı ve evrensel, devredilemez niteliklere sahip olduğu ifade edilmiştir. ÜNAL, s. 34. Bununla birlikte, 19. yüzyıldan itibaren toplumun bireylerin üstünde olduğunu, bireylerin toplum olmadan eksik olacağını, bireyin ancak toplum içinde var olabileceğini savunan görüşler de ortaya atılmış ve taraftar toplamıştır. Örneğin o dönem İtalya'da ve Nasyonal Sosyalist Almanya'da bu yöndeki görüşler benimsenmiş ve uygulanmıştır. Detaylı bilgi için bkz. AKIN, s. 8-9.

²⁶⁸ EREN, Anayasa Hukuku, s. 566. Yazar bu yorumu yaparken Türk Medeni Kanunu'nda tüzel kişilerin düzenlendiği 48. maddeyi de esas almış, maddede yer alan “yaratılış gereği insana özgü nitelikler” ifadesini Anayasa'nın 12. maddesinden çıkardığı doğal hak düşüncesiyle birleştirerek Türk hukukunda “yaratılışçı doğal hukuk düşüncesi”nin kabul edildiği sonucuna varmıştır.

²⁶⁹ EREN, Anayasa Hukuku, s. 566-567.

yönelik olsa da bu hakkın beraberinde kişinin kendi hayatı konusunda söz sahibi olmasına yönelik olarak da yorumlanmaktadır²⁷⁰.

1982 Anayasası'nda açıkça düzenlenmemiş bir hak olan kendi geleceğini belirleme hakkının, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan düzenleme kapsamında ilke olarak kabul edilmiş olduğu düşüncesine göre, aynı zamanda özel yaşamın gizliliğine ilişkin düzenlemelerin de kendi geleceğini belirleme hakkına anayasal bir temel oluşturmakta olduğu ifade edilmiştir. Bu çerçevede, hastanın tedavisiyle ilgili kararların özel yaşamının bir parçasını oluşturması nedeniyle, özel yaşamın gizliliği kapsamında kabul edilmiş, aynı zamanda insan onuru çerçevesinde ele alınarak, hastanın isteği veya rızası dışında bir müdahale yapmanın insan onuruna aykırı olacağı gerekçesiyle korunması gerektiği öne sürülmüştür²⁷¹.

2.2.4.2.1.1 Kişinin Kendini Geliştirme Hakkı

Kişinin kendini geliştirme hakkı, Alman Anayasası'nda yer alan “kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı”ndan ortaya çıkmıştır. Bu hak Alman Anayasası'nın 2. maddesinin 1. fıkrasında “*Herkes, başkalarının haklarını ihlal etmediği veya anayasal düzene ya da ahlak kurallarına aykırı davranmadığı sürece kişiliğini serbestçe geliştirme*

²⁷⁰ KESKİN, s. 35. Kişinin kendi hayatını sonlandırma özgürlüğüne sahip olduğu görüşü için bkz. BİTON SERDAROĞLU, Erika: “Ötanazi – Ölme Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s. 469. İsviçre hukukunda kendi geleceğini belirleme hakkı doğrudan düzenlenmemekle birlikte, İsviçre Anayasası'nda yer alan kişisel özgürlük, özel alana ilişkin haklar ve insan onuru teminatından bu hakkın kaynaklanabileceği ileri sürülmektedir. Alman Anayasası'nda da doğrudan düzenlenmemiş olan kendi geleceğini belirleme hakkı, genel kişiliği geliştirme, hareket özgürlüğü, kişiliğin korunması gibi haklarla ilişkilendirilmiştir. Alman Anayasası'nın benimsediği ilkeler çerçevesinde, insanların toplumu oluşturması ve bu insanların kendi kaderleri hakkında bizzat karar verebilme hakkına vazgeçilemez bir şekilde sahip olmalarının, toplum açısından da önemli olduğu ifade edilmiştir. Amerikan hukukunda ise kişi özgürlüğüne dayandırılan kendi geleceğini belirleme hakkı, açısından tartışılabilir konular mevcuttur. Bunlar; tıbbi tedaviyi reddetme hakkı ve ötanazidir. KESKİN, s. 35-39.

²⁷¹ Bu görüş ayrıca, kendi geleceğini belirleme hakkının özünü insan onurunun oluşturduğunu da öne sürmektedir. BAĞÇECİ, s. 108.

*hakkına sahiptir.*²⁷² ifadesiyle normatif bir düzenleme olarak yer almış, esasen hakların sınırlanması açısından bir belirleme yapılırken ortaya konmuştur²⁷³. Bu hakkın Alman hukukunda “kapsayan özgürlük” olarak ifade edildiği, anayasa metninde yer almayan hakları da kapsayıcı ve eksiksiz bir güvence sağlamak amacıyla düzenlendiği, bunun bir sonucu olarak da kişiliği serbestçe geliştirme hakkı ile anayasada düzenlenmiş diğer haklar arasında özel hüküm - genel hüküm (lex specialis - lex generalis) ilişkisinin ortaya çıktığı belirtilmektedir. Bu sayede, bir eylem anayasada düzenlenmiş bir temel hakkın alanına dahil edilemiyorsa, lex specialis olarak kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı kapsamında koruma altına alınmış olacaktır²⁷⁴. Genel eylem özgürlüğü ile genel kişilik hakkını koruyan bu hak, daha spesifik bir temel hak veya özgürlük söz konusu olmadığı sürece insanların eylemlerinin yasal olarak gerekçelendirilmesine de imkân sağlamaktadır²⁷⁵.

²⁷² Alman Anayasası’nın 2. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“Madde 2

(Kişi özgürlükleri)

(1) Herkes, başkalarının haklarını ihlal etmediği veya anayasal düzene ya da ahlak kurallarına aykırı davranmadığı sürece kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.

(2) Herkes yaşam ve beden bütünlüğü hakkına sahiptir. Kişi özgürlüğü dokunulmazdır. Bu haklara ancak kanunla müdahale edilebilir.”

Basic Law for the Federal Republic of Germany in the revised version published in the Federal Law Gazette Part III, classification number 100-1, as last amended by the Act of 19 December 2022 (Federal Law Gazette I p. 2478). https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0020 (e.t. 21.06.2024).

²⁷³ Temel hakların sınırlanmasında Alman Anayasası üç ölçüt (Schränkentrias) belirlemiştir. Bunlar; başkasının hakları, anayasal düzen ve ahlak yasasıdır. SAĞLAM, Fazıl: Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, AÜSBF Yayını, Ankara 1982, s. 41.

²⁷⁴ DÜRIG, Kommentar, Anm. 6 zu Art. 2/1’den aktaran SAĞLAM, s. 41-42. Alman Anayasası’nın 2. maddesinin, insan yaşamının belirli alanlarında yer alan konuların spesifik olarak temel haklar tarafından korunmadığı durumlarda ikincil nitelikte bir temel hak olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. BUMKE, Christian/VOSSKUHL, Andreas: German Constitutional Law: Introduction, Cases and Principles, Oxford University Press, Oxford 2019, s. 102. Özel hüküm – genel hüküm ilişkisinin 1982 Anayasası’nın 17. maddesinde de uygulanabileceğine dair düşünce için bkz. GÖZLER, s. 525.

²⁷⁵ BUMKE/VOSSKUHL, s. 101. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1957 tarihli bir kararında (BVerfGE 6, 32 – Elfes); Alman Anayasası’nın “kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı”nı tesis ederken yalnızca kişinin entelektüel ve ahlaki bir varlık olarak şahsi çekirdek alanı içindeki gelişimini kastedmediğini, zira maddede hakkın kullanılabilmesi için başkalarının haklarını zedelememek, anayasal düzene veya ahlak yasasına aykırı düşmeme gibi koşulların bulunmasının bunun bir göstergesi olduğu,

Alman ceza hukuku öğretisine göre kendi geleceğini belirleme hakkının temeli, Alman Anayasası'nın 2. maddesinde yer alan *“herkes...kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir”* hükmüne dayanmaktadır²⁷⁶. Bu maddede, insanın vücut bütünlüğünü koruma ve kendini geliştirme haklarına sahip ve aynı zamanda onurlu bir şekilde varlığını sürdürme hakkına sahip olduğu, kendi kararlarını verebilen bilinç sahibi bir birey olarak verdiği bu kararların sorumluluğunu üstlenebilecek şekilde kendi geleceğini belirleyebilmesinin güvence altına alındığı ifade edilmiştir²⁷⁷.

Alman Anayasası'nda düzenlenmiş olan “Kişiliği serbestçe geliştirme hakkı”na benzer bir hakkın 1982 Anayasası'nın 17. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiş olan “Maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı”na benzer olduğu ifade edilmiştir. Maddede yer alan *“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”* ifadesinden bu hakkın Anayasal düzlemde korunduğundan

aslında ilgili hükmün tam olarak da bu koşullar çerçevesinde bireye toplum tarafından dayatılan bu kısıtlamaların, Anayasa'nın 2. maddesinin geniş anlamda hareket özgürlüğüne gönderme yapmayı amaçladığını göstermekte olduğu ifade edilmiş ve bu nedenle de “kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı”nın geniş bir şekilde yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Karar için bkz. BUMKE/VOSSKUHL, s. 102. Maddeyle ilgili olarak Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin başka bir kararın (BVerfGE 80, 137, 164 et seq. – Reiten im Walde [Sondervotum]) karşı oyunda ise, hakkın bu derece geniş yorumlanmaması gerektiği ifade edilmiştir. Karşı oydaki görüşe göre; temel hakların özel korumasının akla gelebilecek her insan davranışını kapsayacak şekilde genişletilmesinin, hakkın hem tarihi hem de işlevsel anlamıyla bağdaşmayacağı; hakkın bireyin her istediğini yapma özgürlüğünü değil, kişiliğin serbestçe gelişimini koruduğunu; hakkın her ne kadar geniş bir uygulama alanı bulursa da asla sınırsız olmadığı savunulmuştur. Ancak Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve Alman öğretisindeki hâkim görüşün maddenin genel hareket özgürlüğünü kapsamlı şekilde garanti altına aldığı yönünde olduğu ifade edilmektedir. Karar ve yorum için bkz. BUMKE/VOSSKUHL, s. 103.

²⁷⁶ GÖBEL, Alfred A.: Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, Frankfurt am Main, 1992, s. 22'den aktaran EKİCİ ŞAHİN, s. 60.

²⁷⁷ EKİCİ ŞAHİN, s. 60. Alman Anayasası ve liberal anayasaların merkezinde insanın bulunduğu, bu insanın kendini geliştiren ve sorumluluk alabilen bir yapıda olduğunun kabul edildiği, başkalarının eylemlerine karşı anayasal düzlemde korunduğu fakat kendi eylemlerine karşı korunması gerektiği düşüncesinin liberal düşünceye ters olduğu, bu nedenle böyle bir anlayışın kabul edilmesinin devletin birey üzerindeki yetkilerini son derece artırarak özgürlük alanını kısıtlayacağı yönündeki görüşler bulunmaktadır. STERNBERG-LIEBEN, Detlev: Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 1997, s. 38 ve VOLL, Doris: Die Einwilligung im Arztrecht, Frankfurt am Main, 1996, s. 47'den aktaran EKİCİ ŞAHİN, s. 61.

bahsedilebilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir²⁷⁸. Bu bağlamda, 17. maddenin kapsayan özgürlük olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğu, Anayasa’da spesifik olarak koruma altına alınmamış olan hakların da bu madde kapsamında korunabileceği düşünülmekte, bu durumda da 17. maddenin bir genel hüküm, temel hak ve özgürlüklerin ise özel hüküm olarak tanımlanabileceği, bunun bir sonucu olarak da bu maddenin ancak 13. maddede yer alan koşullar çerçevesinde sınırlandırılabilmesi öne sürülmektedir²⁷⁹.

²⁷⁸ GÖZLER, s. 525. Bu hakkın bir nevi şemsiye nitelikte, yani özel bir koruma altına alınmamış tüm hakları koruması altına alan bir hak olarak nitelendirilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. KANADOĞLU/BOZKURT, s. 71. *Yavuz/Erlüle/Topuz* bu hakkın, kişinin maddi ve manevi varlığını korumasının aynı zamanda kendi geleceğini belirleme hakkını da içerdiği gerekçesiyle, Türk hukukunda kendi geleceğini belirleme hakkına kaynaklık ettiğini belirtmişlerdir. YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 58. Aynı yönde bkz. ÖZSUNAY s. 34-35. *Özsunay* ayrıca, yaşama hakkının bireyin kendisi hakkında karar verme hakkını da içerdiğini ifade etmektedir. ÖZSUNAY s. 35. *Bayraktar*’a göre yaşam hakkı, “kişinin fizik ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilmesi, devam ettirebilmesi; varlığının çeşitli etkilerle bozulmasına engel olabilmesi” şeklinde tanımlanmaktadır. BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1972, s. 13. Yazar, hakkı “yaşama hakkı” olarak adlandırmıştır. Bu bağlamda, kişi kendi hayatına, fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne saygı göstermek ve varlığının bozulmasına neden olacak her türlü zarara karşı koruma yükümlülüğü altında olacaktır. Negatif statü hakları arasında yer aldığı kabul edilen yaşam hakkı, insanın doğuştan itibaren sırf insan olmasından dolayı sahip olduğu bir haktır ve bununla birlikte başka kişilerin de bu hakka saygı göstermelerini isteme hakkına da imkân verir. Temel hak ve özgürlükler içinde en önemli hak niteliğindedir. Bunun nedeni, yaşam hakkının ihlal edilmesi durumunda, diğer hak ve özgürlüklerin kullanılmasının imkânsız hale gelecek olmasıdır. BAYRAKTAR, s. 14-15. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 46-48. Hatta bu açıdan, kişinin hiçbir şekilde öldürülemezliğinin de yaşama hakkının esasını oluşturduğu ifade edilmiştir. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 47. Bu kapsamda, kişinin de kendi yaşamı üzerinde hiçbir şekilde tasarrufta bulunma hakkının olmadığı düşüncesi öne sürülmüştür. ATAAY, Aytekin: “Vücut (Beden) ve Cesed Üzerindeki Hak”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20, 1996, s. 25-26. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 48. Yaşam hakkı açısından tartışmalı olan diğer bir konu ise ötanazi ve talep üzerine öldürme konusudur. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 49. Aktif ve pasif olarak iki şekilde uygulanabilen ötanazi ile talep üzerine öldürme fiillerinin hukuken kabulüne ilişkin çok sayıda farklı görüş yer almakla birlikte Türk hukukunda kabul gören düşünce ve Türk hukuk sisteminde yer alan hükümler, ötanazinin kabul edilemeyeceği yönündedir. Yaşam hakkı 1982 Anayasası’nın 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Maddeye göre; “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*”. Yaşam hakkını tek başına düşünmek mümkün olmayacağı gibi, aynı zamanda başka haklarla desteklenmesi de zorunlu bir durumdur. Sağlık hakkı bu anlamda yaşama hakkını destekleyen hakların başında gelmektedir. BAYRAKTAR, s. 14-15. *Kapani*’ye göre özgürlük tektir, yani özgürlük kapsamındaki negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları birbirlerini tamamlar niteliktedir. Örneğin, kişilere yalnızca pozitif statü haklarının tanınmasının yeterli olmayacağını savunan yazar, negatif statü haklarıyla birlikte kullanılması halinde hakkın bir anlam kazanabileceğini ifade etmiştir. KAPANİ, s. 6-7. Bu kapsamda, *Bayraktar*’ın da yukarıda öne sürdüğü gibi, negatif statü haklarından olan yaşam hakkı ve pozitif statü haklarından olan sağlık hakkı ele alındığında, birbirlerini tamamladıklarını söylemek mümkün olabilecektir.

²⁷⁹ GÖZLER, s. 525. Anayasa’nın 13. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin genel bir düzenlemedir. Madde metni şu şekildedir:

“II. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması

Türk hukukunda kendi geleceğini belirleme hakkının kişi özerkliği ile bağlantısı dolayısıyla, Anayasa'nın "Kişilerin Hakları ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümünde yer alan, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının düzenlendiği 17. maddesinde kendi geleceğini belirleme hakkının kullanılması için bir dayanak teşkil edebileceği ifade edilmekte; kişi özerkliğinin düzenlendiği düşüncesiyle, bu madde sayesinde kişilerin kendi geleceklerini belirleme haklarının da bulunduğu öne sürülmüştür. Dolayısıyla, hakkın Anayasal dayanağı Anayasa'nın 17. maddesinin 1. fıkrası olarak kabul edilmektedir. Buradaki *"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."* ifadesinin kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı açısından kapsayıcı olduğu ifade edilmiştir²⁸⁰. Diğer bir görüşe göre ise hakkın dayanağı Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır²⁸¹. Fıkraya göre, *"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz."* Bu açıdan bir değerlendirme yapılarak kişinin vücut bütünlüğü ve yaşam hakkına ilişkin olarak kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir²⁸². Ayrıca maddede, yaşam hakkı ile

Madde 13 – (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.)

Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

Bu çerçevede, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kişinin kendini geliştirme hakkının sınırlandırılmasında ancak 13. maddenin uygulanabileceğini söylemek, hakkın özüne dokunmadan yalnızca kanunla sınırlandırabileceğini öne sürmektir. *"Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak"* ibaresi, bu görüşe göre 17. madde için geçerli olmayacaktır.

²⁸⁰ BAĞÇECİ, s. 108. YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 58. 1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler ele alındığında, bunların öznel, sahipleri ya da yükümlülükleri farklılık göstermektedir. Bazı hak ve özgürlükler herkese, bazıları yalnızca vatandaşlara, bazıları belirli kategorilerdeki kişilere, bazıları ise yabancılara tanınmış olabilir. Anayasa metninde "herkes" ya da "hiç kimse" şeklinde başlayan temel hak ve özgürlükler, en geniş çerçeve olarak insanı ele almaktadır. TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2018, s. 170-171.

²⁸¹ KESKİN, s. 33.

²⁸² EKİCİ ŞAHİN, s. 61-62, ERMAN, s. 74. Erman, bu maddeyle kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının tanındığını öne sürmüştür.

kişinin maddi - manevi korunması ve geliştirilmesi düzenlenmiş, bunun da en temel insan hakkı olduğu ifade edilmiştir²⁸³. Maddenin “özerklik” ve “özgürlük” gibi kavramları vurguladığı, kendi geleceğini belirleme hakkıyla doğrudan bağlantılı bu kavramların vazgeçilmez bir birliktelik ortaya çıkardığı kabul edilmiştir²⁸⁴.

Ayrıca Anayasa’nın başlangıç kısmının Anayasa metnine dahil olduğu dikkate alındığında²⁸⁵, Anayasa’nın başlangıç hükümlerinde yer alan “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak ... hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*” ibaresi ile bireylerin kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahip olduklarının anlaşıldığı belirtilmiş; devletin temel amaç ve görevlerinin düzenlendiği 5. maddesinde yer alan “*...insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*” hükmünün de devlete bu anlamda bir yükümlülük yüklediği ifade edilmiş ve bu düzenlemelerin de kendi geleceğini belirleme hakkı için 1982 Anayasası’nda bir temel olabileceği düşünülmüştür²⁸⁶.

Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan “maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı” kapsamında Anayasa Mahkemesi’nin çeşitli kararları bulunmaktadır. Bu kararlar genel itibarıyla maddi ve manevi varlığın korunması kapsamında vücut bütünlüğüne yönelik olarak rıza dışında gerçekleştirilen tıbbi müdahalelere ilişkin hukuka aykırılık iddiaları çerçevesindedir. Örneğin; “Halime Sare Aysal” başvurusunda,

²⁸³ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 174.

²⁸⁴ BAĞÇECİ, s. 108. KESKİN, s. 34.

²⁸⁵ Anayasa’nın 176. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir.*” düzenlemesi gereğince başlangıç kısmı kaynak gösterilebilecektir. Bu konuda bkz. EKİCİ ŞAHİN, s. 61, dn. 141.

²⁸⁶ EKİCİ ŞAHİN, s. 61.

başvurucu velayet altındadır ve bebeklik dönemi aşılarının yapılması aynı zamanda kanuni temsilcileri olan ebeveynleri tarafından kabul edilmediği halde, mahkemenin ÇKK'nın 5. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi kapsamında aldığı sağlık tedbiri kapsamında uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi" hakkının ihlal edildiği öne sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi başvuruyu, temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanabilirliği açısından incelemiş, ancak esas yönünden yaptığı incelemede, Anayasa'nın 17. maddesinin AİHS'in 8. maddesinde yer alan özel yaşama saygı kapsamında değerlendirilerek "bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkı" kapsamında kabul edilebileceğini vurgulamıştır²⁸⁷.

"Uğur Ali Naki Yüreğicatal" başvurusunda ise, Anayasa Mahkemesi mükerrer topuk kanı alınmasına ilişkin kararında, yeni doğanlardan zorunlu topuk kanı alınmasının kişisel özerklik, ruhsal ya da bedensel bütünlük ve buna bağlı olarak vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerin özel hayatla doğrudan ilgili olduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında kabul edilmesi gerektiğini, ebeveynin bu müdahaleye rıza göstermemesi durumunda da başvuru hakkında yerel mahkemece karar verilen sağlık tedbiri kararının "maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme" hakkına müdahale niteliğinde olduğunu ifade etmiştir²⁸⁸.

²⁸⁷ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, 11/11/2015; Başvuru Numarası: 2013/1789, s. 7-8, prg. 34. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1789> (e.t. 18.02.2025). "Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup bu düzenlemede yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir."

²⁸⁸ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, 19/12/2023; Başvuru Numarası: 2020/22948, s. 7-8, prg. 33-36, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2020/22948> (e.t. 18.02.2025).

2.2.4.2.1.2 Sağlık Hakkı

Sosyal ve kültürel haklar arasında sınıflandırılan ve dolayısıyla pozitif haklar kapsamında yer alan sağlık hakkı genel itibarıyla “sağlıklı yaşam koşullarına sahip olma” şeklinde ifade edilmiştir²⁸⁹. Anayasa Mahkemesi de bu doğrultuda, sağlık hakkına ilişkin bir tanım yapmıştır. Tanıma göre “*Sağlık hakkı, insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileşmeleri, tıbbi bakım görebilmeleri ve tedavi edilebilmeleri için Devletin sağladığı her türlü imkandan yararlanma hakkıdır.*”²⁹⁰.

Ekonomik koşullarla da son derece bağlantılı olan bu hak hem haktan yararlanmak isteyenler hem de bu kişilere en iyi ve en son teknolojiyi sunma görevi olan devlet için ekonomik açıdan önem taşır. Zira tıp biliminin hızlı şekilde ilerlemesi ve teknolojiyle iç içe bu ilerlemeyi gerçekleştirmesi, sağlık hizmetlerine erişimin ekonomik anlamda da zorlaşmasına neden olabilmektedir. Bu durumda devlet, bu hizmetlerden yararlanmak isteyenlere eşit bir şekilde hizmet verebilmek için tıbbi giderler konusunda daha fazla bütçe ayırmak, tam donanımlı hizmet veren kurumlar üretmek ve bu kurumların daha da gelişmelerini sağlamak, özel teşebbüslerle iş birlikleri yaparak gerekli düzenlemeleri sağlamakla yükümlü olacaktır. Sosyal bir hak olarak kabul edilen sağlık hakkı bunu gerektirmektedir²⁹¹.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında somut olarak kabul edilmeye başlanan sağlık hakkı²⁹² uluslararası alanda 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 25.

²⁸⁹ ÖZDEMİR, Ali/KOÇAK, Ozan Şafak: “Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(2), 2017, s. 34. KANADOĞLU/BOZKURT, s. 1. Sağlık hakkının bir hak olup olmadığına dair detaylı tartışmalar için bkz. TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sağlık Hakkı, s. 6 vd.

²⁹⁰ Anayasa Mahkemesi’nin E. 2012/103, K. 2013/105, T. 03.10.2013 kararından aktaran KANADOĞLU/BOZKURT, s. 1.

²⁹¹ YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 52.

²⁹² ÖZDEMİR/KOÇAK, s. 34. KANADOĞLU/BOZKURT, s. 11.

maddesinde düzenlenmiştir. “Herkesin gerek kendisine gerekse ailesi için, beslenme, giyim, barınma, sağlık ve öteki sosyal hizmetler de içinde olmak üzere; sağlığını ve güvencini sağlayacak, uygun bir yaşam düzeyine hakkı vardır.” şeklinde düzenlenmiş olan sağlık hakkı, diğer sosyal haklarla birlikte koruma altına alınmıştır. Ancak çok genel nitelikteki bu düzenlemede nelerin sağlık hakkı kapsamında yer alması gerektiğine ilişkin detaylı bir açıklamaya yer verilmemiştir²⁹³. Ayrıca Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi gibi birçok uluslararası ve uluslararası metinde de sağlık hakkına yer verilmiştir²⁹⁴. Sağlık hakkının yalnızca hastalık ortaya çıktığında değil, hastalıktan önce de korunması ve aynı zamanda kişilere eşit şekilde tedavi ve bakımın sağlanması gerektiği ifade edilmiş, bunun kaynağı olarak ise Dünya Sağlık Örgütü’nün sağlık tanımı gösterilmiştir²⁹⁵. Dünya Sağlık Örgütü Anayasası’na göre sağlık, “sadece hasta veya sakat olmama hali değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal açıdan iyi olma halidir.”²⁹⁶. Dolayısıyla hasta veya sakat olmadan da kişinin bu açılardan değerlendirilerek sağlıklı olarak tanımlanması gerektiği anlaşılabilecektir.

Sağlık hakkının 1982 Anayasası’nda doğrudan düzenlenmediği görülmektedir, ancak Anayasa’nın 56. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.” hükmü ile üçüncü fıkrasında yer alan “Devlet,

²⁹³ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 25. madde, <http://ihuam.ankara.edu.tr/insan-haklari-evrensel-beyannamesi/> (e.t. 05.11.2023). KANADOĞLU/BOZKURT, s. 11.

²⁹⁴ Uluslararası ve uluslararası çeşitli metinlerde yer alan sağlık hakkı düzenlemeleri hakkında detaylı bilgiler için bkz. KANADOĞLU/BOZKURT, s. 11 vd.

²⁹⁵ BOZKURT, Enver: “İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s. 14.

²⁹⁶ Dünya Sağlık Örgütü Anayasası, https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=304 (e.t. 11.06.2024).

herkesin hayatını, beden ve ruh sağılığı içinde sürdürmesini sağılamak... amacıyla sağılık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.” hükmünün sağılık hakkına bir işaret olduğı ve devletin kişilerin sağılık hakkını yerine getirmekle yükümlü olduğı ifade edilmektedir²⁹⁷. Bu bağlamda, sağılık hakkı devlet tarafından yerine getirilmesi zorunlu olan “pozitif statü hakları” çerçevesinde değerlendirilmiştir²⁹⁸. Bununla birlikte, sağılık hakkının negatif ve pozitif iki boyutunun olduğunun genel olarak öğretide kabul gördüğü ifade edilmiştir. Negatif boyutta rıza dışı müdahalelerin gerçekleştirilememesi yani kişinin rızası olmadan deney, kısırlaştırma gibi işlemlerin yapılamayacağı ya da işkence ve insanlık dışı muameleye maruz bırakılamayacağı yer almaktayken pozitif boyutta ise sağılıklı bir çevrede ve sağılıklı olarak yaşama hakkı, koruyucu sağılık hizmetlerinden faydalanma hakkı, temel tıbbi kaynaklara erişebilme hakkı ve sağılık hizmeti verenlere karşı sahip olunan haklardan oluşmaktadır. Bu kapsamda tedaviyi reddetme hakkı ve özerklik kavramının da yer aldığı ifade edilmiştir²⁹⁹.

Sağılık hakkının Türk hukuk mevzuatında tam olarak bir tanımı bulunmamaktadır ancak 224 sayılı Sağılık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun’un 2. maddesinde sağılık kavramının tanımı yapılmıştır. Maddeye göre, *“Sağılık, yalnız hastalık ve malûliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir.”* Buradan yola çıkılarak, sağılık hakkı konusunda öğretide farklı tanımlamalar yapılmıştır. Bayraktar’a göre sağılık hakkı *“Kişinin, toplumdan, devletten, sağılığının*

²⁹⁷ YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 51. KANADOĞLU, Korkut, “Türk Anayasa Hukukunda Sağılık Alanında Temel Haklar”, Türkiye Barolar Birliğı Dergisi, (119), 2015, s. 11, dn. 3, s. 12. BOZKURT, s. 15. 1961 Anayasası’nda sağılık hakkı, 49. maddede “sağılık hakkı” kenar başlığıyla yer almıştır. 1982 Anayasası’nda ise doğrudan sağılık hakkına yer verilmediğı gibi, “sağılık, çevre ve konut” kenar başlığı altında sağılığı kapsayıcı bir düzenleme 56. maddede bulunmaktadır. BAĞÇECİ, s. 61.

²⁹⁸ SOYSAL, Mümtaz: Anayasaya Giriş, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1969, s. 241. AKIN, s. 5. KAPANİ, s. 6. BAYRAKTAR, s. 19. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 51.

²⁹⁹ TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sağılık Hakkı, s. 103-104.

korunmasını, gerektiğine tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesi, ve toplumun sağladığı imkanlardan faydalanabilmesidir.” şeklinde tanımlanmaktadır³⁰⁰. Kanun’un 1. maddesinde ayrıca İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ne atıf yapılmış, “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde bir hak olarak tanınan sağlık hizmetlerinden faydalanmanın sosyal adalete uygun bir şekilde ifasını sağlamak maksadiyle tababet ve tababetle ilgili hizmetler bu kanun çerçevesinde hazırlanacak bir program dahilinde sosyalleştirilecektir.” şeklinde ifade edilerek bu hakkın sosyal bir hak olarak iç hukukta da kabul edildiği beyan edilmiş, ayrıca sağlık hakkının da ancak bu şekilde kullanılabileceği ve haktan yararlanılabileceği ifade edilmiştir³⁰¹. Sağlık hakkının aynı zamanda kişilik hakkı içinde ve maddi bütünlüğe ilişkin değerler arasında yer aldığı kabul edilmektedir³⁰².

Bu çerçevede, hasta haklarından da kısaca bahsetmekte fayda vardır zira kendi geleceğini belirleme hakkının sağlık hakkı ve özerklik ile bağlantısı esasen hasta hakları boyutuyla öne çıkmaktadır³⁰³. İnsan haklarının sağlık alanına yansımaları olarak nitelendirilen hasta hakları, kişinin sağlık hizmeti aldığı esnada kullandığı haklar olarak da tanımlanabilmektedir. Birçok uluslararası belgede ve iç hukukta hasta hakları özel olarak düzenlenmiştir³⁰⁴. Hasta hakları temel olarak; sağlık hizmetlerine erişim hakkı,

³⁰⁰ BAYRAKTAR, s. 16-17. Yazar, sağlık hakkının hem sağlığın korunmasını hem de sağlığa kavuşmayı kapsadığını ifade ederek, “sağlığın korunması hakkı” veya “sağlığa hak” gibi ifadelerden ziyade, “sağlık hakkı” kavramının daha yerinde olduğunu belirtmiştir.

³⁰¹ YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 52.

³⁰² AYAN/AYAN, s. 98.

³⁰³ TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sağlık Hakkı, s. 39. SERT, Hasta Hakları, s. 127.

³⁰⁴ SERT, Hasta Hakları, s. 127. Uluslararası belgeler; Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi, Amsterdam Bildirgesi, Biyoetik Sözleşmesi, Avrupa Hasta Hakları Şartı’dır. İç hukukta ise, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Umumi Hıfzısıhha Kanunu, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleşmesi Hakkında Kanun, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun gibi pek çok farklı düzlemde sağlık hakkına ilişkin hüküm bulunmakla birlikte bunların tek bir düzenlemede yer alması ve uluslararası belgelere uygun şekilde hasta haklarının tanınması, 1998 yılında çıkarılan Hasta Hakları Yönetmeliği ile olmuştur. Bu konuda bkz. SERT, Hasta Hakları, s. 128-133.

kendi geleceğini belirleme hakkı, bilgilendirilme hakkı, özel yaşamın gizliliği, başvuru hakkı şeklinde sayılabilir³⁰⁵. Hasta haklarının birçoğunun kendi geleceğini belirleme hakkına hizmet ettiği savunulmaktadır³⁰⁶.

Çocuk özelinde sağlık hakkına bakıldığında ise pek çok farklı hakkın bu kapsamda kabul edildiği görülmektedir. Örneğin; yaşam ve vücut bütünlüğü, sağlıklı yaşama hakkı bu çerçevede değerlendirilirken, hasta çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkı da temel çocuk hakları arasında sayılmıştır³⁰⁷.

2.2.4.2.1.3 Tedaviyi Ret Hakkı

Hastanın tedaviyi ret hakkı, hekimin tedavi yükümlülüğünün sınırlarından biri olarak ifade edilmektedir. Aynı zamanda bu hak, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığının bir sonucu olup hastanın rızası dışındaki müdahaleler, kural olarak, uygulanamaz. Bu bağlamda hekimlerin, hasta üzerinde mutlak bir hâkimiyete veya hiyerarşiye sahip olmadığı söylenebilecektir³⁰⁸.

³⁰⁵ BAĞÇECİ, s. 89-97. *Sert* bu hakları “Hasta Hakları Yönetmeliği” çerçevesinde ele alarak çok daha geniş bir perspektiften açıklamıştır. *Sert*’e göre; adalete ve hakkaniyete uygun olarak sağlık hizmetlerinden yararlanma, hizmetler konusunda bilgi alma, sağlık kurumu ve kuruluşunu seçme ve değiştirme hakkı, personeli tanıma, seçme ve değiştirme hakkı, öncelik sırasının belirlenmesini talep hakkı, tıbbi bakım isteme hakkı, vücut bütünlüğünün korunması hakkı, gereken özeni görme hakkı, sağlık durumu ve kendisine gerçekleştirilecek girişimler ile ilgili bilgi alma hakkı, kayıtlara ulaşma ve kayıtları inceleme hakkı ve kayıtlarda düzeltme talep hakkı, hastanın anlayacağı şekilde bilgilendirilme hakkı, hastanın bilgi istememe hakkı, mahremiyet hakkı, tedaviyi ret hakkı, güvenli bir ortamda hizmet alma hakkı, inanç ve vicdan özgürlüğüne saygı hakkı gibi birçok hak hasta hakları arasında yer almaktadır. Bu haklara ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. SERT, Hasta Hakları, s. 136 vd.

³⁰⁶ BAĞÇECİ, s. 110.

³⁰⁷ MAKARACI BAŞAK, Aslı/ÖKTEM ÇEVİK, Seda: “Bebeklik Dönemi Zorunlu Aşı Uygulamaları” in: Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 363.

³⁰⁸ ERMAN, s. 153. GÜNEY TUNALI, Işıl: Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 356. Yazar, hastanın hayatının ya da sağlığının geri döndürülemez biçimde zarara uğrayacak olması veya acil durumlar ya da görevin yerine getirilmesi gereken haller dışında hekimin tıbbi müdahale gerçekleştirme zorunluluğunun bulunmadığını ifade etmiş; görev konusunu ise kamu görevi ve insanlık görevi şeklinde ikiye ayırmış, ancak bunlardan ne anlaşılması gerektiğini açıklamamıştır. GÜNEY TUNALI, s. 354.

Tedavilerde hasta önceliklidir. Hekimin ise hastanın yardımcısı ve ona tedavi hizmeti sunan bir vekil olarak kabul edildiği öne sürülmektedir³⁰⁹.

Belgesay'a göre, doktorlar şifa verme hakkına mutlak bir şekilde sahip değildirler. İnsan kişiliğine saygının modern hukukun en kutsal ilkelerinden biri olduğunu savunan yazar, tıp biliminin tam anlamıyla henüz mükemmele ulaşmadığı, hekimlerin de hata yapabilecekleri, dolayısıyla da kişilerin sırf şifa bulmak adına kendilerine yapılacak tüm müdahalelere katlanmasının beklenemeyeceğini ifade etmiştir³¹⁰.

Tıp alanındaki birçok uluslararası belgede hastanın tedaviyi ret hakkı yer almaktadır. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo veya Biyotıp Sözleşmesi)³¹¹, Lizbon Bildirgesi³¹², Venedik Bildirgesi³¹³, Dünya Tabipler Birliği'nin Hekim Yardımlı İntihar İçin Tutumu³¹⁴, Madrid Ötanazi Bildirgesi, Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi (Amsterdam Bildirgesi)³¹⁵, Avrupa Hasta Hakları Şartı³¹⁶, Dünya Tabipler Birliği Lizbon Hasta Hakları Bildirgesinin Gözden

³⁰⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku C.I, s. 584.

³¹⁰ BELGESAY, Mustafa Reşit: Tıbbi Mesuliyet: Esaslar-Tipik Vakıalar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1953, s. 62. Yazar bu düşüncesini temellendirirken, gelecek nesillerin çıkarları ve bilimin ilerlemesi adına, tehlikeli müdahalelere katlanma zorunluluğu getirilirse, ilerleme sürekli olduğu için insanlığın sürekli olarak tehdit altında kalacağını; tıp bilimi henüz tam anlamıyla mükemmelliğe ulaşmadığından tedavi eden doktorun bilgisinin eksik olabileceği veya tedavide hata yapma olasılığının her zaman mevcut olabileceğini öne sürmüştür.

³¹¹ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo veya Biyotıp Sözleşmesi), <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2812020083957164.tur.pdf> (e.t. 08.12.2024).

³¹² 34'üncü Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda (Eylül-Ekim 1981, Lizbon Portekiz) benimsenmiştir. SAYEK, Füsün: Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, 1998, Türk Tabipler Birliği, s. 28 https://www.ttb.org.tr/kutuphane/uluslararasi_belgeler.pdf (e.t. 10.04.2021).

³¹³ Ölümle Sonuçlanacak Hastalık, 35'inci Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda (Ekim 1983, Venedik-İtalya) benimsenmiştir SAYEK, s. 29.

³¹⁴ 44'üncü Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda (Eylül, 1992) kabul edilmiştir. SAYEK, s. 42.

³¹⁵ <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/amsterdam.htm> (e.t. 10.04.2021).

³¹⁶ EMRE, Özge/SERT, Gürkan: "Avrupa Hasta Hakları Şartı", Türkiye Biyoetik Dergisi, 1(4), 2014, s. 199.

Geçirilmiş Şekli (Bali Bildirgesi)³¹⁷, Türk Tabipleri Birliği Hasta Hakları Bildirgesi³¹⁸, gibi birçok metinde hastanın iradesi öncelikli olarak kabul edilmiştir.

Türk hukukunda ise tedaviyi ret hakkına ilişkin Anayasal düzlemde veya bir kanun metninde açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durum, tedaviyi ret hakkının temel haklara ilişkin olması nedeniyle eleştirilmiştir³¹⁹. Bu konuya yönetmelik düzeyinde, HHY’de yer verilmiş olup Yönetmeliğin 25. maddesinde hak açıkça ifade edilmiştir. “Tedaviyi Reddetme ve Durdurma” başlıklı maddenin 1. fıkrasına göre, *“Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir.”* ifadesiyle tedavinin reddedilmesi hakkı hastaya tanınmıştır³²⁰. Maddenin başında yer alan kanunen zorunlu haller ifadesinden anlaşılması gerekenin, genel sağlığın korunmasına ilişkin kanun maddeleri ile tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilmesinde rızanın aranmadığı diğer hukuki düzenlemelere ilişkin durumlar olduğu, bunların dışında tedaviyi ret hakkının kullanılmasının hukuken bir engeli olmadığı ifade edilmiştir³²¹.

³¹⁷ Dünya Tabipler Birliği Lizbon Hasta Hakları Bildirgesinin Gözden Geçirilmiş Şekli (Bali Bildirgesi), <https://hastahakki.org/bali-bildirgesi-bali-eylul-1995/> (e.t. 08.12.2024).

³¹⁸ Türk Tabipleri Birliği Hasta Hakları Bildirgesi, <https://www.ttb.org.tr/295yi4g> (e.t. 10.04.2021).

³¹⁹ ERMAN, s. 153, 154.

³²⁰ 1. fıkranın devamında, *“Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.”* denerek hastanın, kanuni temsilcisinin veya yakınlarının konuyla ilgili bilgilendirilerek buna ilişkin bir yazılı belge alınmasının zorunlu olduğu da ifade edilmiş, 2. fıkrada yer alan *“Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz.”* ifadesiyle de kanaatimizce, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar gittiğinde daha önceki ret hakkının kendisine hatırlatılması veya daha önce böyle bir irade beyanının bulunması nedeniyle tedavi yapılmasından imtina edilmesi sonucunu doğurması önlenmek istenmiştir. Ayrıca maddenin başlığının madde metniyle uyumlu olması için başlıkta yer alan “ve” ibaresinin “veya” olarak değiştirilmesi gerektiğine dair görüş için bkz. YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Hastanın Tedaviyi Reddetme veya Durdurma Hakkı”, KKTC Girne Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 55.

³²¹ ERMAN, s. 154.

Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasında bulunan “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz...*” ifadesinin tedaviyi ret hakkı yönünde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine dair öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları arasında tıbbi endikasyonun bulunması gerektiğini savunan *Hakeri*'ye göre Anayasa'nın bu maddesinde yer alan tıbbi zorunluluk kavramı endikasyona işaret etmektedir ve tıbbi zorunluluk hallerinde hastanın tedaviyi ret hakkını kullanabileceği şeklinde yorumlanamaz. Tıbbi zorunluluğu tıbbi endikasyon olarak adlandıran yazar, bu gibi hallerde kişinin vücuduna müdahale edilebileceğini savunmaktadır. Bununla birlikte, Anayasa'nın 17. maddesinde hastanın rızasından yalnızca bilimsel ve tıbbi deneyler konusunda bahsedilmiş olmasının tıbbi müdahalelerde hastanın tedaviyi ret hakkını kullanamayacağı şeklinde anlaşılmaması gerektiği de vurgulanmıştır³²².

Çilingiroğlu, Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan tıbbi zorunluluk ifadesini hastanın rızasının bulunmadığı özel durum olarak adlandırmış ve bu durumun da iki şekilde ele alınabileceğini; bunların, hastanın bilincinin kapalı olması durumunda acil tıbbi müdahalenin gerekli olduğu haller ve rıza ile başlayan tıbbi müdahalelerde hastanın bilincinin kapanması durumunda rızası dışında tıbbi müdahalenin yapılması zorunluluğunun bulunması halleri olduğunu ifade etmiştir. Her iki ihtimalde de tıbbi zorunluluğun gerçekleşmiş olması için, kişinin kendisinden veya kanuni temsilcisinden rıza beyanının elde edilebilmesinin fiilen mümkün olmaması ve kişiye tıbbi müdahalede bulunulmadığı takdirde kişinin hayatının veya sağlığına ilişkin

³²² HAKERİ, Tıp Hukuku C.I, s. 585-586. Yazar ayrıca, maddede yer alan tıbbi zorunluluklar kavramının varsayılan rıza olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir.

sonradan giderilmesi güç tehlikelere girme olasılığının yüksek olması gerektiği öne sürülmüştür³²³.

Bayraktar'a göre, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 2. maddesinde yer alan “*Tabibin... başta gelen vazifesi, insan sağlığına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir.*” ifadesi, hekimin hukuken geçerli olmayan bir hasta tasarrufu durumunda hastaya müdahale edebilmesine imkân sağlayan bir hüküm niteliğindedir³²⁴. Her ne kadar hekimin hastayı yaşatmak yönündeki görevinin hastanın iradesinden üstün tutulması gerektiği ve hakkın icrasına dayanılarak hastanın rızası olmasa da müdahale edilebilmesi gerektiği yönünde öğretide görüşler bulunsa da hâkim görüşün artık değiştiği ve hastanın tedaviyi reddetmesi durumunda hekimin hiçbir müdahalede bulunamayacağı düşüncesinin arttığı ifade edilmektedir³²⁵. Kanaatimizce *Bayraktar*'ın bu husustaki yorumu, hasta özerkliğini ihmal etmektedir. Tedaviyi ret hakkının özerklik kapsamında değerlendirilmesi gereklidir zira Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler de bunu gerektirmektedir. Bu nedenle, Nizamname'nin 2. maddesinin esasında özerkliği de kapsadığı, kişiliğe özen ve hürmet göstermenin hekimin bir görevi olduğu ifadesinden çıkarılabilecektir.

³²³ ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt: Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 47-49. *Çilingiroğlu*'na bu konuda kaynaklık eden *Özsunay* da zorunluluk durumlarını aynı şekilde ifade etmiş, tıbbi müdahalenin gecikmesinde hastanın ölme ya da sağlığının ağır zarara uğraması ihtimalleri varsa aydınlatma yapılmadan müdahalenin gerçekleştirilebileceğini ancak yine de eğer hastanın iradesinin o andaki koşullarda belirlenme veya bilinme ihtimali varsa buna saygı gösterilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Örneğin hastanın bilinci kapalı olmasına rağmen boynunda Yehova Şahidi olduğu yönünde bir kolye varsa, bu hastaya kan nakli yapılmaması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca rıza ile başlayan bir tıbbi müdahale esnasında hastanın bilincinin yerinde olmadığı bir halde farklı bir müdahale yapılması gerekmesi halinde, durumun zorunluluk hali kapsamında kabul edilerek hastanın rızası bulunmasa bile müdahalenin yapılabilmesinin hukuka uygun olduğunu savunmuştur. Alman Federal Mahkemesi'nin NJW 1977, 337 sayılı kararından aktaran ÖZSUNAY, s. 43-44.

³²⁴ BAYRAKTAR, s. 132.

³²⁵ ERMAN, s. 165 vd. Hastanın tedaviyi reddetmesi durumunda, hekimin sonradan ortaya çıkan durumlarda ceza sorumluluğunun bulunmayacağı zira tedaviyi ret hakkının Anayasa'nın 17. maddesinden kaynaklandığı ifade edilmiştir. ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 539.

Peki, çalışma konusu bağlamında, çocukların tedaviyi ret hakkı olup olmadığı ve varsa, bunu nasıl kullanacakları sorunu nasıl çözülmelidir? Öncelikle çocukların, kural olarak 18 yaşına kadar anne ve babalarının velayeti altında bulunduğu, dolayısıyla haklarının da velayet gereğince çocukların yararına olacak şekilde anne ve babaları tarafından kullanıldığı veya korunduğunu söylemek gerekecektir. Burada önemli olan husus, çocuğun hakkı çocuk adına kullanılırken onun yararına olacak yöntemin seçilmesidir. Daha önce de bahsedildiği gibi, çocuğun yararını ikinci plana atan veya velayetin üstün tutulmasına neden olan uygulamaların TMK gereğince de hukuka uygun olmayacağı söylenebilecektir. Tıbbi müdahalelerde tedaviyi ret konusuna gelindiğinde ise, çocuğun yaşı ve buna bağlı olarak gerçekleştirilecek hukuki fiilin anlam ve sonuçlarını algılayabilir olup olmadığının önemi büyüktür. Zira hem TMK’da hem de HHY’de çocuğun rızası tek başına tıbbi müdahaleyi geçerli hale getirmese bile uygun olduğu ölçüde görüşünün alınması gerektiği ifade edilmiştir³²⁶.

2.2.4.2.2 Ceza Hukuku

Ceza hukukunda kendi geleceğini belirleme hakkı adı altında kabul edilmiş bir hak bulunmamaktadır. Ancak teorik olarak bu hakkın varlığı kabul edilmekle birlikte, genellikle rıza kavramı ile benzerlik gösterdiği, hatta rızanın bu hakka dayandığı düşünülmektedir³²⁷.

Ceza hukuku açısından kendi geleceğini belirleme hakkının, kişinin başkalarının haklarına zarar vermediği sürece, kendi vücudu üzerinde tıbbi müdahale yapılmasına izin

³²⁶ YENERER ÇAKMUT, Tedaviyi Reddetme veya Durdurma, s. 79-80.

³²⁷ Belgesay’a göre, kişiler maruz kaldıkları tehlike veya ıstıraptan kurtulmak amacıyla kendileri için en faydalı olan aracın uygulanmasına rıza gösterip göstermemek konusunda tam bir serbesti içerisindedir. Bkz. BELGESAY, s. 62.

vermesini veya bunu talep edebilmesini sağladığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte, kişinin kendi vücudu üzerindeki tasarrufu ve kendi geleceğini belirleme hakkını kullanması açısından ayrıca bir hukuka uygunluk araştırmasının yapılması gerekeceği ve kendi geleceğini belirleme hakkının aslında tıbbi müdahalenin talep edilmesi ve reddedilmesinde önemli bir rolü olduğu belirtilmiştir. Bunun yanında, kendi geleceğini belirleme hakkının bir yansıması olarak kişinin vücudu üzerinde kendi rızası olmadıkça bir müdahale yapılamayacağı ve kişinin rızası ya da talebi olduğu sürece hekimin yapacağı tıbbi müdahalenin hukuka uygun olacağı ifade edilmiştir³²⁸.

Öğretideki bir görüşe göre, mağdurun rızası dikkate alınacaksa, bunun nedeni, belli ölçüde kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını kullanabilmesini sağlamak içindir; ancak toplumun menfaatinin varlığı halen devam etmektedir. Üstün menfaat prensibi ve menfaatlerin karşılaştırılmasının, hukuk düzeninde bunu gerektirdiği savunulmuştur. Hukuki etiğin her zaman dikkate alınması gerektiğini ifade eden bu düşünce, kendi geleceğini belirlemede her somut olay için hukuka uygunluk değerlendirmesi yapılması gerektiğini öne sürmüştür³²⁹.

2.2.4.2.2.1 Rıza Kavramı

Mağdurun rızasının fiili suç teşkil etmekten çıkardığı düşüncesi çok eski zamanlara dayanmaktadır. Rızanın temelini Romalı hukukçu *Ulpianus*'un

³²⁸ Bu düşünceler için bkz. ERMAN, s. 59.

³²⁹ ENGİSCH, Karl: "Artzlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung", ZStW. 58, 1939, s. 6, 16-18 ve ENGİSCH, Karl: "Artzlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung", in: Recht Und Medizin, Albin Eser/Alfred Künschner, Darmstadt 1990, s. 138, 148-150'den aktaran YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 97. Bireyin vücudu üzerinde daima genelin menfaatinin bu bulunduğu objektif bakış açısına göre, devlet bireylerin yaşam ve vücut bütünlüğü üzerinde kişinin geleceğini belirleme özgürlüğünü korurken, aynı zamanda genelin yani toplumun bu konudaki menfaatini de korur ve bunun bir sonucu olarak rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin, cezalandırmada sınırların belirlenmesini kimi zaman zorlaştırdığı ifade edilmektedir. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 97-99.

“Digesta”ında “...quia nulla iniura est, quae in volentem fiat.” (...nitekim razı olan hiç kimsenin aleyhine “iniuria” işlenmez/mağdurun rızasının olduğu yerde “iniura” olmaz.) şeklinde yer alan ifadeye dayandığı³³⁰ ve buradan hareketle, sonraki zamanlarda da “volenti non fit iniura” (rıza üzerine işlenen fiil haksızlık teşkil etmez) haline dönüştüğü ifade edilmektedir³³¹. Esasen bu sözle belirtilmek istenen, fiil eğer ki mağdurun rızası olmadan gerçekleşmişse, bu durumda “iniuria” yani hukuka aykırı olacaktır³³². Bu

³³⁰ TARHAN, Alaz: “Roma Hukukunda *Iniuria*” Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s. 103. GÜNEŞ PESCHKE, Selda: Roma Hukukundan Günümüze Kişilik Haklarının Korunması (Iniuria), Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 69. “iniuria” kavramı Roma hukuku tarihinde farklı şekillerde yorumlanmakla birlikte, genellikle “hukuka aykırılık” veya “haksızlık” anlamında kullanılmaktadır. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. GÜNEŞ PESCHKE, s. 41 vd. TARHAN, s. 18-22. Ayrıca “iniuria” kavramının On İki Levha Kanunları’yla birlikte ve sonrasında, bir kişiye karşı gerçekleştirilen her türlü maddi ve manevi tecavüzü kapsadığı kabul edilmiştir. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. TÜRKOĞLU, Halide Gökçe: Roma Hukukunda Suç ve Ceza, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 32. Bu ifadenin eski önemini kaybettiği, zira her suçun toplumun hak ve yararına aykırı nitelikte olduğu, dolayısıyla devletin tüm suçların koruyucusu özelliğiyle birlikte bazılarını öncelikli bazılarını ise ikincil nitelikte koruduğu, dolayısıyla her yararda az veya çok toplumun da faydasının bulunması nedeniyle ilgilinin rızasının her zaman fiili hukuka uygun hale getirmesinin mümkün olmadığı savunulmuştur. ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 256.

³³¹ DÖNMEZER, Sulhi: “Talep Üzerine Öldürme ve Şifa Verme Maksudı Dışında Yapılan Cerrahi Ameliyeler”, Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası, (6), 1949, s. 243. Günümüzde ceza hukukunda bireylere yönelik suçların yanında toplumsal nitelikteki suçların da artış göstermeye başladığı gerekçesiyle artık bu kuralın önemini kaybettiği düşüncesi için bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 552. Roma öncesi dönemlerde rızaya ilişkin bir kural bulunmamakla birlikte, tıbbi müdahaleler açısından doktorların faaliyetleriyle ilgili Hammurabi Kanunları’nın 215-223 arasındaki maddeleri düzenlemelerden operasyonun olumlu veya olumsuz sonucuna göre suç teşkil edip etmeyeceği çıkarımı yapılmaktaydı. Eğer operasyon başarılı geçerse ortada bir suç bulunmayacak, başarısız geçerse ise ciddi cezalar uygulanabilecekti. Dolayısıyla buradan yola çıkarak cezalandırma açısından rızanın bir öneminin olmadığı, müdahalenin hukuka uygun olmasının sonucun başarılı olmasına bağlandığı görülmüştür. Fiilin sonucuna önem atfedilmiş, mağdurun rızası dikkate alınmamıştır. WEISSENBERGER, Philippe: Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten des Betroffenen”, ZStW. 98, 1986, s. 3’ten aktaran YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 56. CRUVEILHIER, Piere: Commentarie du Code d’Hammourabi, Paris 1938, s. 209’dan aktaran BAYRAKTAR, s. 43. Roma hukukunda yer alan “volenti non fit iniuria” ifadesi, aslında tazminat sorumluluğunu ortadan kaldıran bir durum olarak kabul edilmiştir. Bir kişinin, başka birinin eylemi veya ihmali nedeniyle ortaya çıkan bir tehlikeyi bildiği, bundan kaynaklanan riski anladığı ve buna kendi isteğiyle maruz kaldığında, ortaya çıkacak yaralanma için tazminat talep etmekten menedileceği ifade edilmektedir. WARREN, Charles: “‘Volenti Non Fit Injuria’ in Actions of Negligence”, Harvard Law Review, 8(8), 1895, s. 459. Kuralın “nulla injuria in volentes” (razı olana haksızlık yapılmış olmaz) şeklinde bir kullanımı da mevcuttur. Bkz. KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/SÖĞÜTLÜ, Özlem: Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Işık Tutan İlkeler, Kavramlar ve Digesta Metinleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 102. DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 298.

³³² TARHAN, s. 103. Rızanın Kanonik hukuk ve Cermen hukuku dönemindeki konumuna ilişkin olarak bkz. EKİCİ ŞAHİN, s. 14-16.

çerçeve, Roma hukukunda, rızanın fiili hukuka uygun hale getiren bir durum olduğu çıkarımı yapılabilecektir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk sebeplerini düzenleyen maddelerde mağdurun rızası yer almamış olsa da yazılı olmayan hukuka uygunluk sebepleri arasında öğretide kabul edilmiştir³³³. Bununla birlikte kanundaki bazı suçlarda, mağdurun rızasına uygun hareket edilmesi tipiklik unsurunun gerçekleşmesi için aranmıştır ve hatta bazı suçlarda ön şart olarak değerlendirilmiştir³³⁴. Rızanın kanunda yer almamış olmasından dolayı Türk hukukunda kurumun hukuki niteliği bakımından tartışmalara çok fazla rastlanmamıştır. Bu süreçte öğretide genel kabul, rızanın kendine has, ancak ceza hukuku bir sonuç bağladığında hukuken anlam ifade eden bir hukuki işlem olduğu yönünde olmuştur³³⁵. 5237 sayılı TCK'da rızanın düzenlenmesiyle birlikte, öğretide farklı görüşler de ortaya çıkmaya başlamıştır. 5237 sayılı TCK'da özel olarak "ilgilinin rızası" başlığı altında düzenlenmiş bir hüküm bulunmaktadır. TCK'nın 26. maddesinin 2. fıkrasına göre, "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir*

³³³ YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 78. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 330. 765 sayılı TCK'da her ne kadar bir hukuka uygunluk nedeni olarak rızaya ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmasa da örneğin 416. maddenin 3. fıkrasında yer alan "*Reşit olmayan kimse ile rızası ile cinsi münasebette bulunma*" hükmünün, reşit olan kişilerle rıza kapsamında gerçekleştirilen fiillerden dolayı suç oluşmayacağı çıkarımı yapılarak rızanın bazı suç tiplerinde yer aldığı ifade edilmiştir. DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 346. Buradaki düzenleme aslında, tipikliği ortadan kaldıran rıza niteliğindedir.

³³⁴ YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 78-79. TCK 1997 Ön Tasarısı'nda mağdurun rızası bir hukuka uygunluk sebebi olarak şöyle yer almıştır: "*Üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmak üzere, mağdur tarafından açıklanan rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı da kimseye ceza verilmez.*" Bu açıdan, tasarıda mağdurun rızasının tek başına yeterli olmadığı ve geçerli olabilmesi için bazı şartlara sahip olması gerektiği anlaşılmaktadır. YENERER ÇAKMUT bu durumu, tüm suçlar bakımından geçerli, genel bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmemiş ve şartların eksik olması halinde rızanın fiili hukuka uygun hale getirmeyeceğini ifade etmiştir. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 80.

³³⁵ YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 100.

hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”³³⁶.

Her ne kadar TCK’da rıza düzenlenmiş olsa da öğretide rızaya ilişkin farklı tanımlamalar yapılmıştır. *Ekici Şahin*’e göre, “Rıza, rıza gösterme ehliyet ve yetkisine sahip olan kişinin; üzerindeki tasarruf yetkisi hukuk düzeni tarafından kendisine bırakılmış bir hukuksal değerine karşı gerçekleştirilen ve söz konusu hukuksal değeri tehlikeye düşüren veya zarara uğratan bir fiili kabul etmesi, onaylamasıdır.”³³⁷. *Öztürk / Erdem*’e göre, “Mağdurun, kendisine karşı işlenen fiili onaylaması durumuna mağdurun rızası denir.”³³⁸. *Hakeri*’ye göre, “Rıza, hukuksal değerleri üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği kabul edilen kişinin, bu hukuksal değerine ilişkin olarak hukuk düzeni tarafından sağlanan soyut hukuksal korumadan, somut olayda vazgeçmesidir.”³³⁹.

2.2.4.2.2 Rızanın Niteliği

Ceza hukukunda rızanın niteliğinin belirlenmesi, fiilin hukuka uygunluğunun tespiti açısından önem teşkil etmektedir. Her ne kadar başlangıçta, rızanın temelini açıklayan görüşler medeni hukuk ve ceza hukukunda ortak bir yön bulsa da daha sonraları

³³⁶ Madde başlığında kullanılan “ilgilinin rızası” ibaresi kavramsal açıdan eleştirilmiştir. Madde gerekçesinde rızanın fiilden önce veya en geç işlendiği anda verilmiş olması gerektiğinden herhangi bir mağduriyetten bahsedilemeyeceği, bu nedenle kavramın “mağdurun rızası” yerine “ilgilinin rızası” şeklinde ifade edilmesinin tercih edildiği şeklinde bir açıklama yapılmıştır. Bu tercihin hatalı olduğu ve suç genel teorisinde karşılığı olan “mağdurun rızası” kavramının kullanılması gerektiği yönündeki görüşler için bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Basım, US-A Yayıncılık, Ankara 2021, s. 227. Kavramı “ilgilinin (hak sahibinin) rızası” şeklinde ifade eden görüş için bkz. TOROSLU/TOROSLU, s. 184. Her iki kavramı da kullanan görüşler için bkz. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/YENERER ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2017, s. 329. İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2017, s. 388. Kavramın “hukuksal değer sahibinin rızası” ifadesi şeklinde değiştirilmesi yönündeki görüş ve konuyla ilgili detaylı tartışmalar hakkında bkz. EKİCİ ŞAHİN, s. 7-11.

³³⁷ EKİCİ ŞAHİN, s. 7.

³³⁸ ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 23. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 294.

³³⁹ HAKERİ, Genel Hükümler, s. 339.

farklı görüşlerin de ortaya çıkması ve iki hukuk dalı arasındaki farklı anlayışlar sonucunda rızanın bu iki hukuk dalında ayrı açılardan değerlendirilmesi gerekli olmuştur³⁴⁰.

Alman hukukunda rızaya ilişkin hükümler ilk olarak 1933 tarihli Alman Ceza Kanunu'nda yer almıştır³⁴¹. Günümüzde ise bazı suç tipleriyle bağlantılı şekilde örtülü olarak rızanın Alman Ceza Kanunu'nda yer aldığı, bunun dışında rızayla ilgili özel bir düzenlemenin bulunmadığı, yalnızca Alman Anayasası'nın 2. maddesi çerçevesindeki "kendi geleceğini belirleme hakkı" kapsamında rızadan söz edilebileceği ifade edilmiştir³⁴².

³⁴⁰ YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 81-83. EKİCİ ŞAHİN, s. 29-34. Rızayla ilgili Alman hukukunda kabul gören teori kapsamında, ilgilinin rızası "tipikliği kaldırır rıza" ve "hukuka aykırılığı ortadan kaldırır rıza" şeklinde ikili bir ayrımla ele alınmıştır. Bu teoriye göre, eğer suçun kanuni tanımında, suçun işlenmesi için "ilgilinin rızası olmaksızın" veya "rızası hilafına" benzeri bir ibare varsa ya da zımni olarak suç tanımından bu anlaşıyorsa, bu durumda mağdurun rızasının varlığı halinde suçu oluşturan davranış, kanuni tanıma uygun olmayacağından, bu rızanın tipikliği ortadan kaldırır rıza olduğu ifade edilmiştir. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 195 vd. KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 289. TOROSLU/TOROSLU, s. 184. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 338. AKBULUT, s. 622. DEMİREL, s. 1474. Burada artık ceza hukukunu ilgilendiren bir durum olmadığı, rıza gösteren ve rıza çerçevesinde bir fiil gerçekleştiren kişi arasında ceza hukuku dışında normal bir ilişki olduğuna dair bkz. ÖNDER, s. 257. Bu rıza türünde ayrıca, rızanın etkisinin mutlak olduğu ve rızanın koşullarından biri olan tasarruf yetkisi koşulunun aranmadığı, çünkü yetkinin bizzat kanun tarafından suçun kanuni tanımında verildiği öne sürülmüştür. Bunun yanında, tipikliği kaldırır rızada, rıza ehliyetinin öneminin bulunmadığı da ifade edilmiştir. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 339-340. Rıza ehliyetinin tipikliği kaldırır rızada bir öneminin olmadığına dair görüş için bkz. WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner: Strafrecht, AT, 40. Baskı, Heidelberg 2010, kn. 367'den aktaran HAKERİ, Genel Hükümler, s. 340. Fiilin mağdurun rızası olmadan işlenmesi kanunda tipik olarak cezalandırılmamışsa, bu durumda rıza tipikliği ortadan kaldırır niteliktedir; bunun dışında kalan tüm hallerde ise rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırır nitelikte kabul edilmelidir. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 553. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 195 vd. KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 289. TCK'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen rıza da hukuka aykırılığı ortadan kaldırır rıza niteliğindedir. DEMİRBAŞ, s. 347. Konunun Alman hukuku da ele alınarak detaylı bir şekilde incelenmesi konusunda bkz. DEMİREL, s. 1475 vd.

³⁴¹ YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 96.

³⁴² DEMİREL, Muhammed: "Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza", İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(3), 2020, s. 1473. Alman Ceza Kanunu'ndaki bu durumun, ilgilinin rızasının unsurları ve yapısı hususunda birçok farklı teorisinin ortaya atılmasına neden olduğu, mahkeme kararları ve öğreti görüşleri ele alındığında çok farklı ve belirsiz şartların ortaya çıktığı aktarılmıştır. Görüşleri aktaran DEMİREL, s. 1474. Alman hukukunda son zamanlarda ağırlıklı olarak kabul edilen görüşün rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı, hareketin tipe uygunluğunu ortadan kaldırır ve bireysel değerleri koruyan bir niteliği bulunan bir neden olduğu aktarılmıştır. AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 621.

Mağdurun rızası konusunda öğretilerde farklı teoriler ortaya atılmıştır. Tarihsel hukuk okulu, devletin her suçun dolaylı da olsa mağduru olduğunu kabul etmiştir³⁴³. Ceza hukukunun toplum için olduğunu, bireysel menfaatlerin ikinci planda kaldığını öne sürmüş, bu nedenle kişilerin suça ilişkin rızalarının geçersiz olduğunu savunmuştur. Doğal hukuk öğretisine göre suç, subjektif hakların ihlalidir. Dolayısıyla bu haklar üzerinde tasarruf yetkisi olan kişinin, hakkın suçla ihlal edilmesine izin verme yetkisi olduğu savunulmuştur. Sosyolojik hukuk okulu ise, mağdurun menfaatinin olmaması durumunda ihlalin de olmayacağını, dolayısıyla hukuka aykırılıktan bahsedilemeyeceğini öne sürmüştür³⁴⁴.

Bir görüş rızayı tek bir temele dayandırmamış, çeşitli hukuki konuların kapsamı içerisinde açıklama yolunu tercih etmiştir. Geri alınabilir özelliğe sahip, kanunun izin verdiği sınırlar içinde hak üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahip kişinin bu haktan feragat etmesi, bu görüşe göre mümkün olacaktır³⁴⁵. Diğer bir görüş; rızanın, kişinin kendi aleyhine bir suç işlemesi olduğunu öne sürmüştür. Kişinin kendi aleyhine suç işlemek için başkasına vekalet vermesini rıza olarak tanımlayan bu görüş, nasıl ki kişi

³⁴³ Devletin bir tüzel kişi olması nedeniyle suçun mağduru olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. KATOĞLU, Tuğrul: “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, AÜHFD, 61(2), 2012, s. 674. Devletin geniş anlamda her suçun mağduru olabileceği yönünde bkz. BAŞ, s. 709. TOROSLU/TOROSLU, s. 116. Benzer yönde bkz. ÖNDER, s. 256. Devletin suç mağduru olup olamayacağına, her suç açısından mı yoksa yalnızca belirli suçlarda mı mağdur olarak kabul edilebileceğine dair tartışmalar için bkz. KATOĞLU, Suçun Mağduru, s. 674 vd. BAŞ, 697 vd.

³⁴⁴ Alman hukukundan aktaran YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 82. Alman hukukundan aktaran DEMİREL, s. 1473, dipnot 7.

³⁴⁵ Bu görüşü savunan bir grup yazar, mağdurun hukuk korumasından vazgeçmesi nedeniyle fiilin hukuka uygun hale gelmesini kendi geleceğini belirleme hakkının hukuk düzeni tarafından tanınmasına dayandırmaktadır. Alman Anayasası’nda yer alan, genel eylem özgürlüğünün bir sonucu olarak kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını kişinin üzerinde tasarrufta bulunabileceği hukuksal değerler konusunda kullanmasının ve bu açıdan ilgili hukuksal değerlerin korunmasından vazgeçmesinin söz konusu olabileceğinin savunulduğu bu görüşe göre, nasıl ki kişiler hakları üzerinde tasarruf yetkisine sahipse aynı şekilde bu haklarına ilişkin hukuki korumadan vazgeçemeyeceğini, kişinin rıza göstererek elde edeceği menfaatin ortaya çıkan zarardan veya ihlal edilen hukuksal değerden daha ağır basması gerektiği, aksi halde rızanın geçerli olmayacağını da ifade etmişlerdir. Bu görüşleri aktaran EKİCİ ŞAHİN, s. 40-42.

kendi aleyhine bir davranış sergilediğinde cezalandırılmıyorsa, vekilin hareketinin de cezalandırılmayacağını öne sürmektedir. Başka bir görüş ise, rızayı bir haktan feragat şeklinde açıklamıştır. Bu görüşlerin her biri farklı eleştiriler almıştır³⁴⁶.

Rızayı bir hukuk işlem olarak açıklayanlar ise, bunun özel hukuk alanında mı yoksa kamu hukuku alanında mı olduğu konusunda farklı teoriler ortaya atmışlardır. Rızayı özel hukuk alanında bir hukuki işlem olarak kabul eden *Zitelmann*'a göre, kişi kendi ilişkilerini düzenleme açısından rıza ile bir güç elde etmektedir. Rızanın kullanılması, işlemi hukuka aykırı olmaktan her zaman kurtaracaktır, zira hukuk düzeni bütündür ve hukukun bir bölümü açısından izin verilen hareket, diğer bölüm açısından yasaklanamaz. Bu nedenle, hukuki işlemin kanuni şartları taşıması, rıza gösteren kişinin hukuki işlem ehliyetine sahip olması durumunda tüm hukuk düzeni açısından hukuka uygun hale gelecektir³⁴⁷. Bu görüşler, hukuki işlemin varlık şartlarından birinin, hukuka uygun bir yararın sağlanmasına yönelik irade açıklaması olduğu, rızada ise suç teşkil eden davranışın gerçekleşmesine rıza gösteren kişinin yarar amacıyla hareket ettiğinin her

³⁴⁶ Bu görüşler hakkındaki çeşitli kaynaklara dair bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 300-301. Bu görüşler hakkındaki çeşitli kaynaklara dair bkz. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 84-85. *Keßler*; rızanın tam anlamıyla bir feragat olmadığı, eğer kişinin beyanı bir haktan tamamen vazgeçilmesi sonucunu doğuruyorsa o halde bunun feragat olarak nitelendirilebileceği, feragat edilmesi mümkün olmayan hakların ihlali için rıza verilemeyeceğinden dolayı rızanın aslında haktan feragat olarak nitelendirilmesinin doğru olmadığını savunmuştur. KEßLER, R.: Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, Berlin 1884, s. 1 vd.'den aktaran YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 85-86. *Pfersdorff* ise rızada saldırının konusunun kişisel menfaat olduğunu savunmuş, kişinin iradi tasarrufuyla bu menfaate saldırılmasına izin vermesi halinde, bu durumun rıza olarak adlandırılabilirliğini ifade etmiştir. Burada menfaatin konusu olan varlık ortadan kalkmayacak, yalnızca menfaat terk edilmiş olacaktır. Bu görüş, devredilmeyen haklarda rızayı kabul etmemektedir. Ayrıca rızanın medeni hukuk hükümlerine göre açıklanması gerektiğini savunmaktadır. PFERSDORFF, Fritz: Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschließungsgrund, 1887'den ROSENER, Wolfgang: Die Einwilligung in Heileingriffe, Berlin 1965, s. 51 vd. aracılığıyla aktaran YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 88-89.

³⁴⁷ ZITELMANN, s. 47 vd'den aktaran YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 83. ZITELMANN, Ernst: "Ausschluss der Wiederrechtlichkeit" in: AcP 99, 1906, s. 11 vd'den aktaran EKİCİ ŞAHİN, s. 29-30. İtalyan öğretisinde de rızanın özel hukuk veya kamu hukuku işlemi olduğunu savunan yazarların olduğu aktarılmıştır. Bkz. SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 373.

zaman söylenemeyeceği düşüncesiyle eleştirilmiştir³⁴⁸. Ayrıca, mağdurun rızasını hukuki bir işlem olarak kabul etmenin, fiil ehliyetine sahip olmayan kişilerin rıza açıklamalarını hukukten geçersiz hale getireceği ifade edilmiştir. Halbuki ceza hukukunda bazı durumlarda, medeni hukuk açısından fiil ehliyeti olmayan kişilerin rızaları, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracıdır. Dolayısıyla, rızanın her zaman bir hukuki işlem olduğunu söylemenin doğru olmayacağı belirtilmiştir³⁴⁹.

Rızanın hukuka uygunluğunun açıklanmasında objektif ve sübjektif teoriler de ileri sürülmüştür. Sübjektif teoriler, failin saikinden yola çıkarak kötü niyetli olmadığını ve bu nedenle failin cezalandırılmayacağını öne sürer. Objektif teoriler ise, rıza ile gerçekleştirilen fiillerde sosyal zararın bulunmadığını, devletin bir eylemi cezalandırmasında sosyal zarara yol açıcı özelliğinin mevcut olması gerektiğini, hak sahibinin terk ettiği hukuki menfaatin sonucunda zararın da söz konusu olmayacağını, hak sahibine göre zarar yoksa, topluma göre de zarar olamayacağını dolayısıyla devletin

³⁴⁸ Eleştirilere ilişkin detaylı açıklamalar ve kaynaklar için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 302-303.

³⁴⁹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 305. Rızanın hukuki bir işlem olmadığını, hukuka aykırı bir eyleme rıza verildiğinde yalnızca hukukun kayıtsız kalması sonucunun doğduğu, bunun vekaletten farkını rızanın gerçek bir imkan yaratırken vekaletin hukuki bir temsil niteliğinde kaldığı ifadeleriyle açıklayan ve rızanın temelini ceza hukukunda arayan, vücuda yapılan müdahalelerin rızanın geçerli olduğu alanlardan biri olduğunu ifade eden *Keßler*'in görüşleri için bkz. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 86-87. Medeni hukukta sübjektif haklarla ilgili sahip olunan yetki kurallarının ceza hukukunda uygulanamayacağı, çünkü yaşam ve sağlığın sübjektif hakların konusu olamayacağı, kişilerin bu değerler üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı, dolayısıyla da rızaya uygun müdahalenin hukuka aykırı olamayacağını ifade eden *Kiehl*'in görüşleri için bkz. YENERER ÇAKMUT, s. 90-91. Rızanın, menfaatin yokluğu ilkesi açısından haksızlığın kaldırılmasını sonuçladığı, kişinin kendi menfaatinin ihlali konusunda kendisinin karar verebileceği, rızanın bir hukuki işlem değil, hukuki fiil olarak ifade edilebileceği yönünde *Mezger*'in görüşleri için bkz. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 94. Rızanın ceza hukukuna özgü bir yolla çözülmesi gerektiği, münhasıran kişiye bağlı değerlere ilişkin rızanın bir hukuki işlem olarak kabul edilemeyeceğine dair *Traeger*'in görüşleri için bkz. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 95. Rızanın hukuki bir işlem olarak kabul edilmesine karşı olan yazarların ortak noktaları, vücut bütünlüğüne yapılan müdahalelere rıza gösterilebileceği ve medeni hukuktaki fiil ehliyetinin ceza hukukundaki rıza ehliyeti açısından bir önem taşımadığı, konuya göre bir alt yaş sınırının belirlenebileceği veya her olaya göre ayrı değerlendirme yapılabileceği yönündedir. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 95-96. Rızanın ne özel hukuk ne de kamu hukuku açısından bir işlem olduğu yönündeki görüş için bkz. SOYASLAN, Ceza Genel, s. 373. *Soyaslan*'a göre rıza, kişinin menfaatlerinden vazgeçmesidir. Herhangi bir hukuki sözleşme değildir. Hatta yazar, failin rızayı bilmesinin zorunlu olmadığını da öne sürmüştür. SOYASLAN, Ceza Genel, s. 373.

bu tür eylemleri cezalandırmada herhangi bir menfaatinin bulunmadığını öne sürmektedir³⁵⁰.

Mağdurun rızasının hukuksal yarardan vazgeçmek anlamına geldiğini öne süren görüşe göre, mağdur saldırıya uğrayan hakkına bir değer atfetmiyorsa, hukukun da bu hakkı korumasına gerek yoktur³⁵¹. Benzer şekilde, kişi nasıl ki kendisi aleyhine bir fiil gerçekleştirdiğinde cezalandırılmıyorsa, aleyhine gerçekleşecek olan bir fiile karşı rıza gösterdiğinde de fiilin hukuka uygun olması gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur. Bu kapsamda, menfaat sahibi rıza göstermek yönünde bir irade açıklamasında bulunmuş olmasına karşın, kişinin iradesi aleyhine bu menfaatin ceza hukukuyla korunmaya çalışılması ceza hukukunun amacıyla bağdaşmadığı öne sürülmüştür. Dolayısıyla kişinin bizzat kendi menfaatlerini ilgilendiren suçlar açısından gösterdiği rızanın dikkate alınması ve iradesine saygı gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁵².

³⁵⁰ BELGESAY, s. 54. BAYRAKTAR, s. 79. SOYASLAN, Ceza Genel, s. 373-374. *Soyaslan* her ne kadar objektif teoriyi benimsese de hukuki değerlerin korunmasında bireyin menfaatlerinin her zaman ön planda tutulamayacağını, devletin menfaatlerinin de yeri geldiğinde üstün tutulabileceği, bu durumda fiilin asosyal karakterinin varlığını devam ettireceği ve bu gibi durumlarda fiilin hukuka aykırı olabileceği, dolayısıyla rızanın bazı şartlara sahip olması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. SOYASLAN, Ceza Genel, s. 374. Tıbbi müdahalenin şartları arasındaki rızayı açıklarken *Belgesay* da bu görüşü desteklemiştir. Bkz. BELGESAY, s. 64. Rızanın hukuka uygunluğunu toplumsal değer teorisiyle açıklayan benzer bir görüş, ihlal edilen hukuksal değer üzerindeki toplumsal menfaat, kişinin bu hak üzerindeki tasarruf etme hakkından daha üstün değilse, bu durumda rıza fiili hukuka uygun hale getirecektir. Bu görüşe göre, liberal bir hukuk devletinde hukuksal değerler üzerindeki toplumsal yarar ile kişinin kendi hakları üzerindeki serbest tasarruf yetkisi çatışmaktadır ve fiil ancak kişinin tasarruf yetkisini kullanmasının toplumsal menfaatten daha üstün olduğunda hukuka uygun kabul edilebilecektir. Ancak bu görüş, kendi geleceğini belirleme hakkı konusunda rızanın sınırlarını çizdiği, kişinin vücut bütünlüğüne müdahaleler söz konusu olduğunda özellikle ağır müdahalelere karşı rıza gösteremeyeceğini de savunduğu için hem kendi geleceğini belirleme hakkını liberal hukuk devleti anlayışı çerçevesinde koruduğu hem de bu tür sınırlamalar getirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Görüş hakkındaki detaylı açıklamalar ve eleştiriler için bkz. EKİCİ ŞAHİN, s. 44-47.

³⁵¹ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 330. EKİCİ ŞAHİN, s. 6. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 295.

³⁵² Bu görüşlerle ilgili açıklamalar için bkz. EKİCİ ŞAHİN, s. 47-49. *Akbulut* bu çerçevede, kişinin kendi geleceğini belirlemesi hususuna bir değer atfederek belirli sınırlar içerisinde kişinin tasarrufta bulunabilmesinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. AKBULUT, s. 628. *Ünver*'e göre, "Suçun hukuksal değerini ihlal etmek, yani suçun kanuni tipine zarar verme veya tehlikeye sokmak, suçtan zarar görenin hukuken etkili rızasının varlığı halinde, tıpkı bir kimsenin kendi hukuksal değerini bizzat ihlal etmesi gibi cezalandırılmaz." ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 978.

Rızayı kişi özgürlüğü yönünden açıklayan görüş ise kişiliğe saygı gösterilmesi ve özerklik kavramlarına dayanmaktadır. Özellikle tıbbi müdahalelerde rıza konusuyla sorunu çözmeyi hedefleyen bu görüşe göre, rızaya önem verilmemesi, hasta üzerinde bir baskıya neden olabileceğinden, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını ortadan kaldıracaktır. Zira kendi vücudunda gerçekleşecek bütün müdahalelere veya tehlikelere karşı nasıl hareket edeceğine ve vücudu üzerindeki tasarrufa ancak kişinin kendisi karar vermelidir. Ayrıca kişinin özgür iradesiyle kendi bireysel hakları üzerindeki tasarrufları başka kişilerin menfaatine müdahale niteliğinde olmadığından, kamu düzenini bozmayacağı da öne sürülmektedir³⁵³. Bu görüşün yukarıda bahsedilen, rızanın hukuki yarardan vazgeçmek anlamına geldiğini ifade eden görüşle benzer olduğu söylenebilir. Kanaatimizce de rızanın niteliğini bu iki görüş çerçevesinde açıklamak yerinde olacaktır. Zira vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelere kişinin rıza göstermesi veya göstermemesi konusunda tasarruf yetkisi olduğu ve kişinin özgür iradesi çerçevesinde bu konuda kendi görüşünü beyan etmesinin korunması gerektiğini düşünmekteyiz. Ayrıca kişinin hukuken korunan menfaatinden kendi özgür iradesi ile vazgeçmesine de saygı duyulması gerektiği düşüncesiyle, rızanın niteliğinin özerklik ve hukuki yarardan vazgeçme teorilerine dayandığına dair görüşlere katılmaktayız.

2.2.4.2.3 Rızanın Şartları

TCK'nın 26. maddesinde yer alan metinde rızanın hangi haklar üzerinde verilebileceği çok genel olarak belirtilmiş ancak başkaca bir detay düzenlenmemiştir. Gerekçede ise kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklamaya ehil olması gerektiği ifade

³⁵³ BAYRAKTAR, s. 79. BELGESAY, s. 62-64. Alman ceza hukukunda da iradeci görüşe önem verildiğine dair bkz. ERMAN, s. 65.

edilmiştir. Ancak bunun dışında, mağdurun rızasının belirli şartları bulunmaktadır. Bunlar: rıza ehliyeti, rızanın konusunun tasarruf edilebilir bir hak olması ve rızanın açıklanmasıdır³⁵⁴.

Tıbbi müdahaleler açısından ayrıca farklı şartlar da benimsenmiştir. Bazı tıbbi müdahaleler açısından özel olarak ilgili maddede yer alan şartlar bulunmakla birlikte; bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için gereken ek şartlar da mevcuttur³⁵⁵. Örneğin TCK'nın 90. maddesinde yer alan "İnsan üzerinde deney" başlıklı suç tipi açısından kanun koyucu rızaya dayanarak gerçekleştirilen deneylerin ceza sorumluluğu dışında tutulması için maddenin 2. fıkrasında bazı şartlar ön görmüş, 3. fıkrasında ise çocuklar üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel deneyler için ise yine özel olarak bazı şartlara yer vermiştir³⁵⁶.

³⁵⁴ Bu şartlar, hukuka uygunluk sebebi olan rızanın şartlarıdır. Zira tipikliği ortadan kaldıran rızanın şartları her suç açısından tipiklik bağlamında ele alınmalıdır. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 553. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 341. Bu şartların dışında, eğer kanun rızanın açıklanma usulüne ilişkin farklı ek şartlar getirmişse, bu şartlara da ayrıca uymak gereklidir. Zira bazı suç tipleri açısından kanun koyucu farklı rıza şartları öngörmüş olabilir. Örneğin; insan üzerinde deney suçunda madde metninde özel olarak hangi eylemlerin hukuka uygunluk sağlayacağı ifade edilmiştir. Rızanın şartları açısından aynı yönde bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 305, dn. 1417. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 296. DEMİRBAŞ, s. 347. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 341. KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 294. AKBULUT, s. 628. *Öztürk/Erde*m'e göre rızanın şartları arasında ayrıca işlenen fiilin rızaya dayalı olması da bulunmaktadır. Bu görüşe göre, failin fiili gerçekleştirirken mağdurun rıza gösterdiğini, fiili rızaya dayanarak gerçekleştirdiğini bilmesi gerekir. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 302. *Soyaslan*'a göre, ayrıca, rızanın konusunun ahlaka ve adaba aykırı olmaması da hukuka uygunluğun sağlanabilmesi için gereken şartlar arasındadır. Örneğin cinsel ilişki esnasında rızaya dayalı olarak tarafların birbirlerine karşı gerçekleştireceği sadist eylemlerde rıza geçersizdir ve bu görüşe göre eylemler hukuka aykırı kabul edilmelidir. SOYASLAN, Ceza Genel, s. 380. Benzer yönde bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 560. *Önder*'e göre rızanın hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için gereken şartlar; korunan yararın kişilere ait olması, yararın saldırı niteliğindeki hareketlerle ihlal edilmesi, yarar sahibinin yararını korumak istemediğinin tespit edilmiş olması ve rızanın ahlaka ve adaba aykırı olmaması gerekmektedir. ÖNDER, s. 256-257.

³⁵⁵ Bu şartlar çalışmanın 3. bölümünde tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları başlığında ayrıca ele alınmıştır.

³⁵⁶ "*İnsan üzerinde deney*

Madde 90- ...

(2) *İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için;*

a) *Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması,*

b) *Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,*

2.2.4.2.3.1 Rıza Ehliyeti / Rıza Açıklama Yeteneği

Ceza hukukundaki rıza açıklama ehliyeti, TMK’da yer alan eylem yeteneğinden farklıdır. Ceza hukukunda önemli olan; mağdurun ilgili haktan vazgeçmesinin ne anlama geldiğini, bunun önemini, kapsamını ve sonuçlarını algılayabilecek yetkinlikte olması, hangi menfaatlerinden ne oranda vazgeçtiğini, hangi risklerin ortaya çıkabileceğini anlayacak düzeyde olmasıdır. Dolayısıyla mağdurun yaşı, kanunda kesin bir şekilde belirlenmemiştir³⁵⁷. Zira bazı durumlarda kişilerin rıza ehliyetine fiil ehliyetinden önce de sahip olabilmeleri mümkündür³⁵⁸. Rıza gösteren kişinin rızaya ehil olması, yani

c) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

d) Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,

e) Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,

f) Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,

g) Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması, gerekir.

(3) (Değişik: 31/3/2005 – 5328/7 md.) Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkra aranarak koşulların yanı sıra;

a) Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

b) Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması,

c) Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması, gerekir.”

³⁵⁷ AKBULUT, s. 634-635. Bazı suç tiplerinde mağdurun yaşı özel olarak belirtilmiş olabilir. Örneğin; TCK’nın 103. maddesinde yer alan çocuğun cinsel istismarı suçunda mağdurun 15 yaşından küçük olması durumunda rızası geçerli kabul edilmemiştir. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 558. Kanunda özel olarak yaşı belirtilmediği durumlarda tipikliği ortadan kaldıran rıza halleri kapsamında ayrıca kişinin algılama yeteneğinin bulunup bulunmadığına bakılmasına gerek olmadığı konusunda bkz. AKBULUT, s. 624. Önder’e göre, 11 yaşın altındaki kişilerin açıkladıkları rıza geçersizdir çünkü bu kişiler ehliyetsizdir. 11-18 yaş aralığındaki kişiler açısından ise somut olay çerçevesinde çocuğun karar verme yeteneğine sahip olup olmadığı ve rıza gösterme düşüncesi ile rızasını açıklaması arasında paralellik bulunup bulunmadığına ve ayrıca bir fiile rıza göstermesiyle hukukun korumasından vazgeçmesinin neticelerini anlayabilme ve vazgeçtiği hukuki yararın önemini algılayabilmesi gerektiği ifade edilmiştir. ÖNDER, s. 258.

³⁵⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 297-298. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 100. Honig’e göre, somut olayın özelliği çerçevesinde yaş sınırları farklılık gösterebilir. Yazar 14-18 yaş aralığının belirlenmesinin bu anlamda yerinde olabileceğini savunmuştur. Hâkimin rıza konusu olayın önemini çocuğun idrak edip edemeyeceğini takdir ederek kararı buna göre vermesi gerektiğini ifade etmiştir. HONIG, Richard: Die Einwilligung des Verletzten, Teil I, Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage, Berlin, Leipzig 1919, s. 158 vd.’den aktaran YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 93-94. Eğer kanun özel olarak mağdur açısından bir yaş belirlediyse, kanunilik ilkesi nedeniyle bu yaşı dikkate alınması gerektiği ve bu

anlama kabiliyetinin bulunması için TMK’da yer alan fiil ehliyetine ilişkin kurallara değil, somut olayda mağdurun durumuna bakmak gereklidir³⁵⁹. Örneğin Yargıtay bir kararında, mağdurun 15 yaşından küçük olması durumunda özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesine dair rızasının geçerli olmayacağını, 15 yaşından büyük çocukların ise bu konuda rıza açıklama ehliyetinin geçerli kabul edilmesi gerektiğine yönelik bir açıklamada bulunmuştur³⁶⁰. Yargıtay Ceza Genel Kurulu burada özel bir suç tipi açısından rızanın açıklanması konusunda bir kıstas belirlemiştir. Bununla birlikte Yargıtay, çeşitli kararlarında çocuğun rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olup olmayacağına ilişkin olarak somut olayın özelliğine göre her zaman ayrı bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmiştir³⁶¹.

Temyiz gücü bulunmasına rağmen reşit olmayan çocukların rıza ehliyeti konusu tartışmalıdır. Rıza ehliyetinin yaş açısından kabul edilebilir olması konusunda Alman

yaşın altında olan mağdurların rızasının, tasarrufta bulunulan hakkın anlamını kavrasalar bile geçerli olmayacağı yönündeki görüş için bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 295-296. Rıza beyanında bulunma ehliyeti için TMK’ya atıf yapan ve bu bağlamda temyiz kudreti bulunmayan kişilerin rıza beyanının hukukten bir anlam ifade etmeyeceğini savunan görüş için bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 558. Yazarlar ayrıca, 15-18 yaş grubunda olan çocukların davranışlarını yönlendirebilme yeteneğine sahip olmaları şartıyla rızalarının geçerli kabul edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 556.

³⁵⁹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 307. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 100. Mağdurun rızasını, medeni hukuk çerçevesinde açıklayan ve rızayı bu anlamda hukuki bir işlem olarak kabul eden yazarlar, rıza ehliyeti açısından medeni hukuktaki koşullardan yararlanmaktadırlar. Ceza hukuku çerçevesinde rızayı açıklayan yazarlar ise, her olayın kendine özgü olması nedeniyle her olayda ayrı ayrı rıza ehliyetinin belirlenmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Görüşler için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 307. Rıza yeteneğine sahip olmak için kişinin medeni hukuk anlamında reşit olması gerekmediği düşüncesi için bkz. KEßLER, s. 102-103 ve BINDING, Karl: Handbuch des Strafrechts, 1. Band, Leipzig 1885, s. 727’den aktaran YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 88. *Soyaslan*’a göre, ihlal edilen menfaate göre ceza kanununda belirlenmiş olan yaş sınırlarının kabul edilmesi yerinde olacaktır. Bu durumda rıza gösteren kişinin temyiz kudretinin de ölçülmesi gerekecektir. Bununla birlikte, yazar, malvarlığı üzerinde işlenen suçları örnek göstererek, bu suçlara ilişkin tasarrufların özel hukuk işlemi olduğunu, ceza kanununun bu konuda bir yaş sınırı koymadığını ve dolayısıyla bu tür suçlara ilişkin olarak medeni hukuktaki ehliyet kurallarının uygulanması gerektiğini savunmaktadır. SOYASLAN, Ceza Genel, s. 378-379.

³⁶⁰ Yargıtay C. G. K., E. 2013/14-551 K. 2014/311 T. 10.06.2014 kararından aktaran AKBULUT, s. 632.

³⁶¹ Yargıtay C. G. K., E. 2014/14-601 K. 2016/314 T. 20.09.2016, Yargıtay C. G. K., E. 2014/14-468 K. 2017/181 T. 21.03.2017, Yargıtay C. G. K., E. 2017/248 K. 2020/160 T. 10.03.2020. Kararları aktaran AKBULUT, s. 633.

hukukunda bir kısım yazar, suç işleme açısından tam ehliyet yaşı olan 18 yaşın doldurulmasını, bir kısım yazar ise asgari sorumluluk yaşı olan 12 yaşın esas alınması gerektiğini savunmuşlardır³⁶². Esasında bu yaş sınırları, çocuğun suç işlemesi durumları için düzenlenmiş yaş aralıklarıdır. Dolayısıyla çocuk rıza ehliyeti açısından fail değil, mağdur konumdadır ve bu nedenle kendisi üzerinde gerçekleşecek fiilleri anlaması konusunda kıyas yapılması yerinde olmayacaktır. Zira suç işleme düşüncesi, failin isteme ve davranışlarını buna göre yönlendirme düşüncesi, bir suçun mağduru olunması durumunda da aynı zihin yapısıyla hareket edilebileceğini göstermez³⁶³.

Çocuğun göstereceği rızanın geçerli kabul edilmesi için, çocuğun sahip olduğu ve hukuken korunan değer üzerinde bulunan hukuk korumasının kalktığını ve bu hukuki değer ya da çıkarın önemini anlayabilecek yeteneğe sahip olması gerektiği ifade edilmiştir³⁶⁴. Zira rızada temsil kabul edilmemiş, varlık ya da menfaat sahibinin her zaman bizzat kendisi tarafından rıza gösterilmesi gerektiği, kişinin kendisine karşı işlenen bir suça rıza göstermesinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu ve bu hakkı yalnızca hak sahibinin bizzat kendisinin kullanabileceği, devredilemeyeceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, rıza bir kez verildikten sonra rızanın bildirilmesi aşamasında başka

³⁶² Kişinin reşit olmaması durumunda, ruhen olgunluğa ulaşmış olması gerektiği, kesin bir yaş sınırının kabul edilemeyeceği, alt sınır olarak cezai ehliyet yaşı yani 12'nin doldurulmuş olması gerekliliği yönündeki *Klee*'ye ait düşünceler için bkz. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 90.

³⁶³ Aynı yönde bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 308. Yazarlar ayrıca, eğer kanun mağdurun yaşı açısından bir yaş sınırı öngörülüyse, ancak o zaman bu yaş sınırına göre rızanın belirlenebileceğini, aksi halde failin ceza sorumluluğu için aranan yaş sınırlarının mağdurun rızası açısından da kabul edilmesini doğru bulmadıklarını ifade etmişlerdir. Reşit olmayanların rıza ehliyeti konusunda cezai ehliyet veya medeni hukuktaki ehliyet kurallarının kıyasen uygulanamayacağı, her olay için ayrı ayrı ele alınarak bu ehliyet konusunda genel geçer bir kuralın kabul edilemeyeceğine yönelik *Kiehl*'in düşünceleri hakkında bkz. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 90-91. Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) reşit olmayan kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelere ilişkin serbestçe karar verebileceğine dair hüküm bulunmamakla birlikte, bu durumun reşit olmayanların kendi geleceğini belirlemeyecekleri anlamına gelmeyeceği, bu konuda yine her olayın münferiden değerlendirilmesi ve bu kişilerin müdahalenin yararlarını anlayıp anlamadığına bakılması gerektiği yönünde bkz. KIEHL, s. 372 vd'den aktaran YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 91-92.

³⁶⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 331.

kişilerin rıza sahibi kişi adına bunu yapabilmesinin mümkün olduğu da belirtilmiştir³⁶⁵. Bu çerçevede, bir çocuğun kendisine karşı suç teşkil edebilecek nitelikteki herhangi bir müdahaleye karşı rıza göstermesi ihtimali ortaya çıktığında, her zaman için çocuğun gelişim durumu dikkate alınmalı ve bu durumun her bir fiil açısından sübjektif bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Elbette burada değerlendirilecek olan husus, çocuğun içinde bulunduğu gelişim durumu ve yaşı çerçevesinde yukarıda açıklanan sınırlar içinde, gösterdiği rızanın hukuken geçerli olup olmadığı hususudur.

2.2.4.2.2.3.2 Rızanın Açıklanması

Rızanın açıklanması açık, örtülü, sözlü veya yazılı olabilir. Herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak rızanın dış dünyaya yansımış ve herhangi bir şekilde gösterilmiş olması gerekmektedir³⁶⁶. Ayrıca önemli olan hususlar, rızanın fiilden önce veya en geç işlenmeye başladığında açıklanmış olması, beyanın rızayı bozan sebeplerle sakatlanmamış olması ve fiilin gerçekleştiği esnada varlığını devam ettirmesidir. Rızanın fiilin işlenmesine başladığı andan itibaren geri alınabilmesi mümkündür. Fiil işlendiği esnada veya işlendikten sonra geri alınmamalı, korkutma, hile, tehdit veya şaka gibi yollarla elde edilmemiş olmalıdır. Rıza geri alınana kadar geçerliliğini korur ancak geri alındıktan sonra artık devam eden bir fiil varsa, bu fiil hukuka aykırı hale gelecektir. Mağdurun rızası geçmişe etkili olamaz³⁶⁷. Bazı durumlarda rızanın gösterilmesi şekil şartına bağlanmış olabilir. Bu gibi hallerde rızanın mutlaka şekil şartına uygun olarak

³⁶⁵ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 331.

³⁶⁶ DÖNMEZER / ERMAN, s. 308. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 560. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 331. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 299. DEMİRBAŞ, s. 349. AKBULUT, s. 636. Sessiz kalma veya fiile karşı koymama gibi durumlarda rızanın açıklanması hususunda başka delillerle desteklenmesi gerektiği yönünde bkz. AKBULUT, s. 636.

³⁶⁷ DÖNMEZER / ERMAN, s. 308-311. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 560. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 332. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 299. DEMİRBAŞ, s. 349. AKBULUT, s. 637.

açıklanması gerektiği ifade edilmiştir. Örneğin 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesinde yer alan, “*Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.*” hükmü çerçevesinde büyük cerrahi müdahalelerde rızanın yazılı olması gerekmektedir³⁶⁸. Ancak kanunda, büyük cerrahi müdahaleden ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır.

Rızayı açıklayabilecek olan kişinin, öncelikle söz konusu hakkın bizzat sahibi olması gereklidir; bir menfaatinin bulunması yeterli değildir. Rıza yalnızca kişisel yararı olan gerçek veya tüzel kişiler tarafından açıklandığında ceza hukuku açısından bir anlam ifade edecektir³⁶⁹. Rızanın suçun mağduru olmayan fakat onu temsil eden bir başka kişi tarafından açıklanması konusu ise çocuğun rızası bakımından önemlidir. Bir görüşe göre, mağdurun rızasının bizzat açıklanması gerektiğinden, kanuni temsilci tarafından beyan edilen rızanın hukuken geçerliliği bulunmamaktadır. Başka bir görüşe göre, malvarlığına karşı suçlarda temsilci tarafından açıklanan rıza geçerli kabul edilebilir fakat diğer hallerde temsilcinin rızası geçerli olmayacaktır³⁷⁰. *Dönmezer/Erman*'a göre; rıza beyanı açısından temsilcinin bu açıklamayı yapması, eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz ve bu tür vekaletler geçerli değildir. Çünkü, kişinin kendisine karşı bir suç işlenmesini kabul etmesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan kabul edilmiştir³⁷¹. *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır* da bu görüşü savunmakla birlikte ayrıca, hak sahibinin rızayı gösterip bunun açıklanmasının temsilci vasıtasıyla gerçekleşmesi halinde ise

³⁶⁸ AKBULUT, s. 637.

³⁶⁹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 306. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 330. AKBULUT, s. 634.

³⁷⁰ Görüşlere dair kaynaklar için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 306-307. Bir görüşe göre bunun istisnası, yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı gibi durumlardır. Yaş küçüklüğünde çocuğun yerine veli ya da vasisi kanunen, onun yararına olmak şartıyla, suç teşkil eden fiillere rıza gösterebilecektir. SOYASLAN, Ceza Genel, s. 378. Çalışmanın konusu çocuklar üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu açıklama amacını taşıdığından, bu konuya ileride daha detaylı olarak değinilecektir.

³⁷¹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 307.

rızanın geçerli olacağını ifade etmiştir³⁷². Kişilik haklarının kişiye sıkı sıkıya bağlı kabul edilmesinden ve hakkın sahibinden başka kimse tarafından kullanılmasının mümkün olmamasından dolayı, özellikle vücut bütünlüğüne karşı yapılan saldırılar dikkate alındığında, kanaatimizce rıza konusunda vekaletin bu tür suçlarda hukuki anlam ifade etmemesi gerekecektir.

Rızanın açıklanmasıyla bağlantılı olarak tıbbi müdahaleler açısından önemli olan iki rıza türü ise; “varsayılan rıza”³⁷³ ve “hipotetik rıza”dır. Varsayılan rıza, kişinin bir hakkına yönelik fiilin gerçekleştirilmesi gerekliliği ortaya çıktığında mağdurun rızasının alınabilmesi mümkün değilse ve eğer ki mağdura sorulma imkânı olsaydı, izin vereceği yönünde bir varsayım yapılarak, sanki rızası varmış gibi hareket edilerek hukuka uygunluk çerçevesinde bir fiilin gerçekleştirildiği durumları ifade etmektedir. Buradaki varsayım, objektif kriterlere göre yapılmalıdır³⁷⁴. Varsayılan rıza açısından önemli olarak

³⁷² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 559. Medeni hukuk açısından bakıldığında da bizzat karar verme hakkı açısından özellikle tedavi, organ nakli, cinsel hayat ve üreme fonksiyonlarına müdahale gibi tıbbi müdahaleleri içeren durumlarda rıza ehliyetinin önemi büyüktür. Bu kapsamda rıza, kişilik haklarına karşı müdahaleyi diğer şartların da varlığıyla birlikte hukuka uygun hale getiren, tek taraflı bir irade beyanıdır. TMK’nın 23/2 maddesi uyarınca “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.*” KESKİN, s. 71. Keskin’e göre, bu madde uyarınca, kişilerin kişilik haklarından tamamen vazgeçmeleri mümkün değildir. Yazar, maddenin başlığından yola çıkarak, kişilerin özgürlüklerini kişilik hakkı olarak yorumlamıştır. KESKİN, s. 72. Dolayısıyla, kişilerin özgürlüklerini hukuka veya ahlaka aykırı olmamak şartıyla sınırlayabilmelerine hukuk imkân vermiştir. Kişinin özgürlüğünün sınırlandırılması olarak da ifade edilebilecek bu durum, rıza olarak kabul görmekte ve bunun neticesinde hak sahibinin hukuk düzeni tarafından kendisine sağlanmış olan korumayı kaldırmış veya kişilik haklarına ilişkin karar verme özgürlüğünden vazgeçmiş sayılması olarak kabul edileceği vurgulanmaktadır. ÖZTAN, Gerçek Kişiler, s. 329. OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 220. Rızanın geçerli olmasını sağlayacak ilk şart, kişinin ayırt etme gücüne sahip olmasıdır. Her somut olay için ayrıca değerlendirilmesi gereken rıza gösterme yeteneği, bu özelliğiyle ayırt etme gücüne benzer. KESKİN, s. 73.

³⁷³ “Mefruz rıza” olarak da adlandırılmıştır. ÖNDER, s. 260. “İzin verilen risk”in özel bir görünüş şekli olduğuna dair görüş için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 300.

³⁷⁴ KANGAL, Zeynel T.: “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(4), 2011, s. 224. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 538. Varsayılan rızanın geçerli kabul edilebilmesinin arka planında üstün bir yararın korunmasının bulunduğu ve bu amaçla daha az değerli bir yarara müdahale edilmesinin söz konusu olduğu ifade edilmiştir. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 300. Yazarlar varsayılan rıza kurumunun uygulanabileceği ve dolayısıyla da rızanın şart olmadığı haller olarak şu durumları saymışlardır: Kanuni temsilcinin bulunmadığı durumlarda hastanın rıza gösterebilmesi mümkün

ifade edilen bir durum ise, ilgilinin rızasını açıklamasına ve failin bunu bilmesine gerek olmamasıdır. Kural olarak failin ilgili kişinin rızasından haberdar olması gerekse de varsayılan rızada böyle bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla varsayılan rızanın, ilgilinin rızasını tamamlayıcı bir nitelikte olduğu ifade edilmiştir³⁷⁵.

Alman hukukunda ortaya konan “hipotetik rıza”³⁷⁶ (hypothetische Einwilligung) ise daha ziyade özel hukuk sorumluluğuna dair problemlerin çözümü için geliştirilmiştir. Burada, tıbbi müdahale gerçekleştirilmeden önce hastanın tam ve doğru aydınlatılmaması ancak eğer aydınlatılsaydı da rıza göstereceği durumlarda fiilin hukuka uygun olması sonucu ortaya çıkmaktadır. Varsayılan rızadan ayrılan en önemli nokta, varsayılan rızada rızanın alınması imkânı yokken hipotetik rızada ise imkân olmasına rağmen hastanın yeterli veya doğru aydınlatılmaması söz konusudur³⁷⁷.

değilse ve müdahalenin hemen yapılması gerekiyorsa, salgın hastalıklar gibi kamu düzeninin gerektirdiği hallerde yapılacak müdahalelerde, intihar eden kişinin rızası olmadan tıbbi bir müdahale ile kurtarılması durumunda. Özellikle son ihtimalde yapılacak müdahalenin kişilik hakkına verilen değerden kaynaklandığı ifade edilmiştir. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 539. *Centel/Zafer/Yenerer Çakmut* varsayılan rıza için bazı ek koşullara ihtiyaç bulunduğunu öne sürmüştür. Bunlar; beklenmedik bir tehlike olması, derhal müdahalenin gerekmesi ve bu müdahale sayesinde ortaya çıkabilecek başka tehlikelerin önüne geçilmesinin amaçlanmasıdır. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 331.

³⁷⁵ ÖNDER, s. 261. Hatta eğer ki, varsayılan rızaya dayanılarak gerçekleştirilen bir fiil varsa ve ilgili olayı başından beri bilseydi, fiile rıza gösterirdi denebiliyorsa, bu durumda varsayılan rıza ile gerçek rıza arasında bir farkın bulunmayacağı öne sürülmüştür. ÖNDER, s. 261.

³⁷⁶ “Sözde rıza” olarak da adlandırılmıştır. Ayrıca ceza hukukçularının önemli bir kısmı tarafından, hastanın sonradan vereceği varsayılan rızanın her zaman geçerli olmayabileceği ve hastanın aydınlatılmasına dair yükümlülüğün müdahale gerçekleştikten sonra alınmasının rızanın niteliği açısından kabul edilemez olması gerekçeleriyle, tamamen reddedilen bir rıza türü olduğu da ifade edilmiştir. Bu yazarlar için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 301, dn. 664. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun varsayılan rıza ile gerekçelendirilmesinin mümkün olamayacağı, zira hukuk kurallarında varsayımların değil gerçekliğin önemli olduğu konusunda Türk hukukundaki bir görüş için bkz. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 389.

³⁷⁷ KANGAL, Varsayılan Rıza, s. 225. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 301. DEMİRBAŞ, s. 350. *Kangal*, hipotetik rızanın fiili hukuka uygun hale getirmeyeceğini, hukuka aykırılıktan önce objektif isnadiyet açısından değerlendirilmesi gerektiğini ve ancak objektif isnadiyeti ortadan kaldıracabilecek bir neden olduğunu savunmaktadır. KANGAL, Varsayılan Rıza, s. 226.

2.2.4.2.3.3 Rıza Konusunun Tasarruf Edilebilir Bir Menfaat Olması

Mağdurun rızasının geçerli olabilmesi için, rızanın, üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabilecek bir hakka ilişkin olması gereklidir³⁷⁸. Zira TCK'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında da bu durum “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Kişinin hangi hakkı üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği, suç tipi ile korunan yararın bireysel nitelikte olup olmadığı değerlendirilerek belirlenmektedir³⁷⁹. Örneğin, kişilere karşı işlenen suçlarda, mağdurun üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabilecek bir hakkına yönelik saldırı söz konusu olacağı için buradaki rıza, eylemi hukuka uygun hale getirecektir³⁸⁰.

Kişinin hangi hakları üzerinde mutlak surette tasarruf hakkına sahip olduğunu belirlemek için, hukuk düzenine hâkim olan ilkelerden yola çıkmak gerekmektedir³⁸¹. Kişisel nitelik taşıyan haklar açısından öğretide bir ayrım yapılmıştır. Kimi yazarlar,

³⁷⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 554. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 296. AKBULUT, s. 628. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 368. Bu şartın yalnızca hukuka uygunluğu ortadan kaldıran rızada aranması gerektiği, tipikliği ortadan kaldıran rızada ise tasarruf yetkisi kanunun kendisi tarafından zaten verilmiş olduğu için bu şartın aranmayacağı savunulmuştur. AKBULUT, s. 624. *Dönmezer/Erman*, rızanın bu şartını, rızanın konusu olarak adlandırmış ve bu başlıkta; suçun rızanın ilişkin olduğu konuda işlenmesi, rıza açıklamasında bulunan kişinin rızanın konusu üzerinde serbestçe tasarruf hakkını haiz olması ve tasarrufun kanuna, adaba ve ahlaka aykırı şekilde yapılmamış olması gerektiği şeklinde açıklamıştır. DÖNMEZER/ERMAN, s. 310-311. *Soyaslan* bu şartı, “rızanın etkinliğinin sınırları” şeklinde ifade etmiştir. SOYASLAN, Ceza Genel, s. 374.

³⁷⁹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 311. CENTEL/ZAHER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 332. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 554. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 296. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 358. AKBULUT, s. 624.

³⁸⁰ Örneğin; uluslararası suçlar (TCK 76 vd), millete ve devlete karşı suçlar (TCK 247 vd), topluma karşı suçlar (TCK 170 vd) gibi suçlarda mağdurun doğrudan devlet olmasından dolayı, her ne kadar bireysel yarar da korunuyor olsa da bu suçlar üzerinde mağdurun mutlak surette tasarruf etme hakkı olmadığı kabul edilmektedir. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 296. Kişilere karşı suçlar açısından da örneğin kişinin hayatı ve şerefi üzerinde tasarruf yetkisine sahip kabul edilmemesi ve bu konudaki rızanın geçersiz olması gerektiğini ancak sahip olduğu malvarlığı üzerinde ise bu tasarruf yetkisini kullanabileceği öne sürülmüştür. Örneğin kişinin kendisine hakaret edilmesine rıza göstermesinin hukuka uygun olmadığı savunulmuştur. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 368-369.

³⁸¹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 311-312. Çalışma konusu dışına çıkmamak adına, yalnızca vücut bütünlüğü üzerindeki haklar açısından konu ele alınacak, diğer kişisel nitelik taşıyan haklardan olan malvarlığı, şeref üzerindeki haklar ya da özgürlük ve cinsel özgürlüğe ilişkin haklar konusunda açıklama yapılmayacaktır.

kovuşturulması şikâyetle bağlı olan suçlar açısından mağdurun rızasını hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmek gerekeceğini öne sürmüştü ancak bu görüş, şikâyet şartı aranmasa da kişilerin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunacağı konulara ilişkin suçların olduğu da ifade edilerek yalnızca şikâyet şartının ölçüt olarak kabul edilemeyeceği düşüncesiyle eleştirilmiştir³⁸². Bir görüşe göre, vücut bütünlüğüne yönelik suçlar açısından suçun takibinin şikâyetle bağlı olup olmadığına göre bir çıkarım yapılabileceği, şikâyetle bağlı olanlarda rızanın kabul edilip diğer durumlarda ise rızanın kabul edilmemesi gerektiği savunulmuştur³⁸³. Bunun yanında genel bir sınırlama getirilmeden, rıza konusunun her suç tipi için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir³⁸⁴.

Kişilik hakkına ilişkin rıza açıklamalarında TMK hükümlerinin³⁸⁵ dikkate alınması gerektiği, vücut bütünlüğü üzerinde ağır zararlar verecek fiillere rızanın geçerli olamayacağı, ancak sağlık bakımından “ağır sonuçlar doğurmayan” müdahalelere izin verilebileceği ifade edilmiştir. Bu gibi durumlarda rızanın fiili hukuka uygun hale

³⁸² DÖNMEZER/ERMAN, s. 312. Bu düşünce, rızanın niteliği başlığı altında bahsedilen ve Alman öğretisinde yer alan, tipikliği ortadan kaldıran rıza ile hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza konusu ile de benzerlik taşımaktadır. Konuyla ilgili olarak oraya ayrıca bakılabilir. Şikâyetle bağlı suçlarda mağdurun tasarruf yetkisi olduğu ve suçun şikâyetle bağlı olup olmamasının bir ölçüt olarak kabul edilebileceği görüşü için bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 555. KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 295. Önder ise şikâyetle bağlı suçlarda rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığını ifade ederek vücut bütünlüğüne yönelik fiillerin basit şeklinde verilen rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldıracı ancak nitelikli hallerinde ise verilen rızanın hukuka aykırılık konusunda bir etkisinin olmayacağını öne sürmüştür. ÖNDER, s. 260. Centel/Zafer/Yenerer Çakmut, şikâyet şartının rıza konusunda belirleyici olamayacağını çünkü şikâyetle tabi olmasa bile kişinin rıza göstermek suretiyle üzerinde tasarrufta bulunabileceği konuların bulunduğunu ve bu suretle gösterilen rızanın da hukuka uygun olduğunu ifade etmiştir. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 333.

³⁸³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 557.

³⁸⁴ AKBULUT, s. 631.

³⁸⁵ “B. Kişiliğin korunması

I. Vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı

Madde 23- Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.

Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.

Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.”

getirebileceği; önemli olanın, rızanın hukuki sınırlar içerisinde, kişiliğin serbestçe gelişimine katkı sağlayıp sağlamadığının tespit edilmesi olduğu öne sürülmüştür³⁸⁶.

³⁸⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 295. Bu bağlamda ötanazi, tartışılması gereken bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Ötanazi, iyileşmesi mümkün olmayan ve yoğun ağrılar veren hastalıklara sahip ya da sakat doğmuş bir kişinin acılarına son vermekle sınırlı olmak kaydıyla, ilgili hekimlerin her aşamada mutlaka bulunacağı, en az 5 kişiden oluşan bir heyet gözetiminde, hastanın bu dayanılmaz ıstırabını dindirmek amacıyla kişinin kendi talep ve ısrarlarıyla uygulanabilecek bir yöntem olarak ifade edilmektedir. DÖNMEZER, s. 244. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 297 vd. Ötanazi, çokça tartışılmakla birlikte, hukuki niteliğinin belirlenmesi açısından fikir birliğine varılamamış uygulamalardan biridir. Ötanazinin suç olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunan yazarlara göre; failin saiki açığı çekirme değil, mağdurun acılarını mümkün olduğunca ona zarar vermeden sonlandırmaktır. Burada hekim olan failin, insani ve ahlaki saiklerle hareket ettiği kabul etmek gerektiği öne sürülmekle birlikte, bu açıdan hekimin suistimallerinden korumak için fiilin gerçekleşmesinden önce bir hâkimin alacağı kararlar hareket etmenin gerekli olacağı belirtilmektedir. DÖNMEZER, Talep Üzerine Öldürme, s. 243. Bu düşüncüyü savunan yazarlar, ölümlerine kesin gözüyle bakılan hastaların, belki bir gün iyileşirler ümidiyle tüm acılara katlanmaları ve hayatlarının kalanını başkalarına muhtaç şekilde yaşamalarını beklemenin anlamsız olacağını savunmaktadırlar. Görüşler için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 316. Günümüzde bu düşünce ağırlık kazanmakta, Hollanda, Belçika, Lüksemburg’da aktif ötanazi kanunlarla yasal hale getirilmekte, Almanya ve İsviçre’de ise ötanazinin tek başına suç oluşturmadığı ancak talep üzerine öldürme şeklinde, kasten öldürmeden daha hafif bir ceza ile cezalandırma sonucunu doğuran bir suç olarak ayrıca düzenlendiği görülmektedir. DÖNMEZER/ERMAN, s. 316-317. Talep üzerine öldürme, rıza ile öldürmeden farklı anlamlar taşımaktadır. Rıza ile öldürmede failin kendi saikini mağdur ile paylaşarak mağdurun rızasını alması şeklinde bir durum söz konusuysa, talep üzerine öldürmede ise mağdurun öldürme fiilini ilk olarak açıklaması ve bunu ciddi, şüpheye yer vermeyecek bir şekilde istemesi söz konusudur. Mağdurun talebinin bu anlamda azmettirme boyutunda olması gereklidir. Talep üzerine öldürmede yalnızca ötanazideki gibi sağlık açısından bir gerekçe gösterilmesine gerek yoktur. Ancak ötanazi, talep üzerine öldürme türlerinden biridir. Almanya, Avusturya ve İsviçre ceza kanunlarında talep üzerine öldürme ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Aslında burada, rızanın tek başına suçu ortadan kaldırmayacağı, bu hukuk düzenlerinde de yaşam hakkının üzerinde tasarrufta bulunulamayacak haklardan olduğu ve hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmediği için failin cezalandırılacağı belirtilmiştir. YAŞAR, Yusuf/TURAN, Işıl: “Alman, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu ile Ötanazi İlişkisi”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, 19(1), 2013, s. 43-47. Vidal’e göre, ötanazi veya talep üzerine öldürmede sosyal bir saik bulunmaktadır. Bu nedenle, bu tür saiklerle bir kimsenin ölümüne sebep olma ile ilgili ayrı bir suç ihdas edilmelidir. Zira bu kişiler, adi suçlularla bir tutulamaz. Dolayısıyla da kasten öldürmeden farklı bir ceza ile cezalandırılmalıdırlar. VIDAL’dan aktaran DÖNMEZER, Talep Üzerine Öldürme, s. 246. Bu görüşe karşı çıkan Garraud ise, kanunda cezayı indiren böyle bir düzenlemenin bulunmasının daha fazla zarar getirebileceği, failin esas saikinin ve mağdurun rızasının gerçekten kendisinden kaynaklandığını belirlenmesinin çok zor olacağı, dolayısıyla özel durumların sonucu değiştirebileceği, bu konuda ayrı bir suç tipi yaratılmasından ziyade kasten öldürme suçunun uygulanması ancak hâkime ceza verme aşamasında bir taktir yetkisi tanınabileceğini öne sürmüştür. GARRAUD, René: Traité Théorique Et Pratique Du Droit Penal Français, s. 280’dan aktaran DÖNMEZER, Talep Üzerine Öldürme, s. 247. Ötanaziye karşı olanlar ise, bu uygulamanın kasten öldürmeden hiçbir farkı olmadığını, çözümsüz görülen hastalıkların bile bazen yeni tedaviler ve denemeler sayesinde iyileşebileceğini, doktorlara bu konuda yetki verilmesinin suistimallere neden olabileceği, ötanazinin kabul edilmesi halinde tıp biliminin gelişiminin engelleneceğini iddia etmektedirler. DÖNMEZER, Talep Üzerine Öldürme, s. 244-246. DÖNMEZER/ERMAN, s. 316. Ötanazinin kasten öldürme suçunu oluşturduğunu savunan görüşe göre, ötanazi kasten öldürmenin bütün unsurlarını taşımaktadır. Zira ölüm sonucunu doğuracak, yaşayan bir kişiye karşı işlenmiş ve mağdurun hayatını sona erdirmeye maksatlı bir fiil mevcuttur ve dolayısıyla bunlar da kasten öldürme suçuyla örtüşmektedir. Bu görüş saikin önemli olmadığını ifade eder. DÖNMEZER, Talep Üzerine Öldürme, s. 246. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 557.

Burada eleştirilebilecek bir nokta, “ağır sonuçlar doğurmayan” müdahaleler ibaresidir. Bir tıbbi müdahalenin ağır sonuçlar doğurup doğurmadığı kim tarafından, hangi kriterlere göre belirlenecektir? Bu ibare son derece göreceli bir niteliktedir. Bir müdahalenin gerçekleşmeden önce ağır sonuçlar doğurup doğurmayacağını bilebilmek mümkün değildir³⁸⁷. Zira tıbbi müdahaleler sonucunda ortaya komplikasyonların çıkması sonucunda basit bir müdahale, kişinin hayatı boyunca devam edecek sakatlanmalara ve hatta ölüme dahi sonuç verebilmektedir. Dolayısıyla böyle bir kriter belirlemek, kanaatimizce belirsizliklere ve hatta hukukun keyfi uygulanmasına neden olabilecektir.

Kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkına ilişkin rıza göstermesi, bu bağlamda yalnızca kişiye ait hukuksal değerleri koruyan suçlar bakımından söz konusu olabilecektir. Her ne kadar, yalnızca kişilere karşı suçlar bağlamında rıza gösterilmesi hukuken kabul edilebilir olsa da kişinin sahip olduğu her hak üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunma hakkının olmadığı öne sürülmektedir³⁸⁸.

³⁸⁷ Aynı yönde bkz. GÜNEY TUNALI, s. 157.

³⁸⁸ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 333. Örneğin yaşam hakkı üzerinde kişinin tasarrufta bulunma hakkının olmadığı ifade edilmektedir. Hayata karşı suçlarda mağdurun rızasının filin hukuka aykırılığını ortadan kaldırıp kaldırmayacağına ilişkin olarak çeşitli görüşler mevcuttur. Bunlar; gelenekçi (dın temeline dayalı) görüş, sosyal yükümlölükler görüşü ve insan hakları görüşüdür. Gelenekçi görüşe göre, yaratıcının bahşettiğı canı yalnız yaratıcı geri alabilir. Dolayısıyla yaşam hakkı, üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilecek haklardan değildir. Sosyal yükümlölükler görüşüne göre, insan doğduğu andan itibaren çeşitli sosyal yükümlölükler içine dahil olur. Bu yükümlölüklerini yerine getirmek zorundadır ve dolayısıyla yaşamını istediğı zaman sona erdirebilmesi mümkün değildir. Bu görüş de yaşam hakkının üzerinde mutlak surette tasarruf edilemeyecek bir hak olduğunu kabul eder. Son olarak insan hakları görüşüne göre ise, yaşam hakkı insan hakları arasında en temel haktır. İnsan hakları, mutlak surette ona sahip olanlar tarafından kullanılabilir ve hiç kimse bu hakların kullanımında izin veya onay veremez. Bu bağlamda, yaşam hakkı da kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edeceği bir hak olarak kabul edilmektedir. Aksi halde intiharın suç olarak düzenlenmesi gerekirdi. Yeni TCK’da ilgilinin rızası kurumunun düzenlenmesinin, ötanaziye kanuni bir zemin hazırladığı düşünülmektedir. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 297-298. Kişinin yaşam hakkı üzerinde mutlak tasarruf yetkisi olmadığı, çünkü kişinin hayatı üzerinde toplumun menfaatinin kişinin kendi menfaatinden daha fazla olduğu, ötanazinin henüz hukukumuzda kabul edilmediğı yönündeki düşünceler için bkz. SOYASLAN, Ceza Genel, s. 375. Ötanazi konusunda talep üzerine öldürme suçunda olduğu gibi ayrı bir suç ihdas edilmesi ve kasten öldürme suçundan daha hafif bir cezanın bu suç karşılığında verilmesi gerektiğı ve bu sayede suistimaller veya çeşitli siyasi amaçlarla kullanılmasının önüne geçilebileceğı düşüncesi için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 317. YAŞAR/TURAN, s. 69. Talep üzerine öldürme konusunda ayrı bir suç yaratılmasının gerek olmadığı, failin

Bunun dışında, kişinin vücudu, malvarlığı, özel hayatı ve özgürlüğü üzerindeki haklarının sınırsız olmadığını savunan görüşler de mevcuttur³⁸⁹.

Vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf yetkisi de yine öğretide tartışma konusu olan bir meseledir ve çalışmanın konusu kapsamındadır. Kişinin organları üzerinde mutlak surette tasarruf hakkının bulunmadığı yönündeki görüşe göre; vücudundaki müdahalelere ancak kanunların izin verdiği ölçüde ve şekilde, ayrıca kişinin toplumsal fonksiyonuna zarar gelmemesi şartıyla rıza gösterebileceği, bundan fazlasının hukuka aykırı olacağı öne sürülmektedir³⁹⁰. Vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler açısından gösterilecek rızada, TMK'nın 23. maddesi kapsamında eylemin ahlaka uygunluğunun değerlendirilmesi açısından yorum yoluyla bir değerlendirme yapılması, genel ahlak ve adaba aykırılık ölçütünün dar yorumlanması ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar açısından bu şekilde uygulanması gerektiği konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır³⁹¹. Kanaatimizce bu

kasten öldürme suçuyla cezalandırılması gerektiği hatta tasarlananın dahi bu tür suçlarda söz konusu olacağı ve cezanın ağırlaştırılmasının dahi mümkün olacağı konusundaki görüş için bkz. DÖNMEZER, Talep Üzerine Öldürme, s. 247. ATAAY, s. 25. Kendi geleceğini belirleme hakkının kullanımının da sınırsız olmadığı savunulmuştur. Bu kapsamda, kişinin yaşamı ve vücut bütünlüğü üzerindeki hakkının bu sınırlara dahil olup olmadığı konusu tartışılmıştır. ÜSTÜN/AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, s. 30.

³⁸⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 556. AKBULUT, s. 630. Bu haklara ilişkin rızalardaki tasarruf yetkisinin kanuna, ahlaka ve genel adaba aykırı olmaması gerektiği öne sürülmektedir. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 294. Örneğin *Özgenç*'e göre kişi kendisine hakaret edilmesi konusunda rıza gösteremez, gösterse dahi yapılan eylem hukuka uygun olmaz. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 369.

³⁹⁰ Kişinin vatanına, topluma ve ailesine karşı olan sorumlulukları ve yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için kendi vücudu üzerinde karar verme hakkının mutlak olmadığı ve bu görevlerini yerine getiremeyecek şekilde vücudunu değiştirme yetkisinin bulunmadığı ifade edilmekte, dolayısıyla rızanın da kişinin toplumsal görevlerini yerine getiremeyecek şekilde vücut bütünlüğünü zarara uğratması amacıyla kullanılamayacağı, bunun hukuka aykırı olacağı düşüncesi savunulmaktadır. Bu düşünceler için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 314-315. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 556. Hatta *Soyaslan*'a göre, vücut tamlığının bozulması yönündeki rıza geçersizdir ve bu kapsamda kişinin uzuvlarının kesilmesi yönünde gösterdiği rızanın hukuka aykırı olduğu olduğu, vücut üzerindeki tasarruflarının ancak vücudunda eksiklik doğurmayacak şekilde olabileceği savunulmuştur. Bkz. SOYASLAN, Ceza Genel, s. 376.

³⁹¹ EKİCİ ŞAHİN, s. 220. Ahlaka aykırılığın toplumun değer yargılarına göre değişkenlik gösterebileceği, bu nedenle her somut olay açısından özel bir değerlendirme yapılarak hareketin ahlaka aykırı olup olmadığına bakılması gerektiği, bu değerlendirme yapılırken kullanılan ölçütlerin açık ve net olması durumunda sakıncalı sonuçların ortaya çıkabileceği, dolayısıyla da belirsiz kavramlar yerine net ve objektif kıstasların belirlenmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 221. *Erman*'a göre, iyileştirme amacı bulunmayan ve hukuken çerçevesi çizilmemiş, şartları belirlenmemiş müdahaleler

görüş, paternalist bakış açısıyla yapılmış olup kişinin vücut bütünlüğü üzerinde tasarrufta bulunamayacağının gerekçesini toplumsal görevleri, vatanına, topluma ve ailesine karşı yükümlülüklerini yerine getirmek olduğunu savunmak, kişinin özgür iradesini dikkate almama sonucunu doğuracaktır. Bunun yanında, kişinin vücut bütünlüğüne ilişkin bazı müdahaleleri, örneğin organ ve doku ya da kan nakli, kısırlaştırma gibi müdahalelere kanuni düzenlemelerle izin verildiği için hukuka uygun kabul edip vücut bütünlüğünü bozan diğer müdahaleler açısından rızanın geçersiz olduğunu ifade etmek kişinin özgür iradesinin yalnızca kanunların izin verdiği ölçüde kullanabileceği sonucunu doğurmaktadır ve bunun yanında estetik ve kozmetik müdahaleler, dövme, sünnet gibi müdahalelere ilişkin rızanın geçerliliğini açıklama konusunda eksik kalmaktadır.

Örneğin saç kestirme, küpe için kulak deldirme gibi belli nitelikte ve amaçtaki müdahalelere gösterilen rıza hukuken geçerli kabul edilmekle birlikte vücut bütünlüğünün bozulmasına neden olacak rızanın hukuken bir geçerliliğinin bulunmadığı öne sürülmüştür³⁹².

2.2.4.2.3 Medeni Hukuk

Kendi geleceğini belirleme hakkının, özellikle hastalar açısından söz konusu olduğu durumlarda, yapılacak tedavilerin hastanın özel hayatının bir parçasını oluşturması nedeniyle önem teşkil ettiği ifade edilmektedir³⁹³. Bu kapsamda, kişinin

hukuka ve ahlaka aykırılık açısından değerlendirilebilecektir. Objektif nitelikte olduğu ve kamu düzenini ön plana çıkardığı, ayrıca “kuşku halinde özgürlükten yana” kullanıldığı sürece, hukuka ve ahlaka aykırılık ölçütünün belirlilik kuralına aykırı olmayacağı savunulmuştur. ERMAN, s. 137-139. Aksi yönde bkz. ÜNVER, Rıza, s. 254 vd. *Ünver*’e göre bu tür yaklaşımlar kavramların belirsizliği, hukuken tehlikeli ve suistimale açık niteliği nedeniyle ceza hukuku açısından hukuka uygun kabul edilemez. ÜNVER, Rıza, s. 255 vd.

³⁹² ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 369.

³⁹³ BAĞÇECİ, s. 108.

kendi geleceğini belirleme hakkının medeni hukukta özel hayat açısından ele alınması uygun olacaktır.

Kişinin özel hayatı, medeni hukukta önemli bir yer teşkil etmektedir. TMK'nın 24. maddesinde kişinin özel hayat alanında ortaya çıkabilecek olayların bir kısmına karşı onu koruyucu hükümler yer almaktadır. Özel hayata ilişkin sınırlarının belirlenmesi, kişinin özel hayatının korunabilmesi için gereklidir³⁹⁴. Öğretide özel hayatın nasıl belirleneceği konusuyla ilgili farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bunlardan birincisi, alan teorisi. “Üç alan teorisi” (Drei-Sphären-Theorie) olarak adlandırılan teoriye göre; hayatın belirlenmesinde üç alan önem teşkil eder: Kamuya açık alan, özel alan ve gizlilik alanı³⁹⁵. Alan teorisini eleştiren ve teorinin bu alanların çerçevesini çizmekte yeterli olmadığını öne süren bir başka görüş ise kişinin kendine ait alanların belirlenmesinde, hangi alanın korunup hangisinin korunmayacağı konusuna “kişinin serbest karar verme hakkı”nın (Selbstbestimmungsrecht) bulunduğuyla açıklık getirmiştir³⁹⁶. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını kullanacağı alanların da özel hayat kapsamında olduğu, özellikle vücut bütünlüğüne karşı müdahalelerin doğrudan özel hayatı ilgilendirdiği de dikkate alındığında, vücut bütünlüğünün korunmasının istemesinin özel hukuk kapsamında “kişinin serbest karar verme hakkı”na işaret ettiği söylenebilecektir.

³⁹⁴ ÖZTAN, Gerçek Kişiler, s. 280-281.

³⁹⁵ HUBMANN, Heinrich: Das Persönlichkeitsrecht, 2 Aufl., Köln Graz 1967, s. 269 vd. ile LOISEAU, Grégoire: Le Droit des Personnes, Paris 2016, s. 153-154'ten aktaran HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, 8. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 123 vd. Alan teorisiyle ilgili detaylı bilgi için ÖZTAN, Gerçek Kişiler, s. 281-284.

³⁹⁶ ÖZTAN, Gerçek Kişiler, s. 284. Her ne kadar yazar bu konuda, kişinin kendine ait bilgilerden kimin ne kadar haberdar olabileceği, kişisel olayları kamudan gizleme hakkının sınırları gibi özel hayatın açıklanmasıyla ilgili açıklamalar yapmış ve atıflarda bulunmuş olsa da kavramın özel hayatın sınırlarının açıklanması amacıyla kullanılması ve konuyu da bu yönüyle ilgilendirmesi nedeniyle yazara atıfta bulunulmuştur.

Medeni hukukta diğ er bir önemli konu, irade serbestisinin esas alınmasıdır. İradenin oluşumunda veya beyanında sakatlık varsa, bu durumda yapılan hukuki işlemin geçersizlik gibi çeşitli hukuki yaptırımlarla karşı karşıya kalması sonucu ortaya çıkabilir. “Kişisel özerklik” olarak da adlandırılabilir bu irade serbestisi, “kendi kaderini tayin” veya “kendi geleceğini belirleme” ile doğrudan bağlantılı kabul edilmektedir. Bunun yanında, kendi geleceğini belirlemenin kişisel özgürlüğün doğrudan bir unsuru olmakla birlikte, bir hak olarak kabul edilerek korunmasının da kişiliğin korunması çerçevesinde düşünülebileceği ifade edilmektedir³⁹⁷.

Medeni hukukta kendi geleceğini belirlemenin başka bir yönü de fiil ehliyetinin değerlendirilmesi aşamasında karşımıza çıkmaktadır. Medeni hukukta, ayırt etme gücüne sahip erginler, fiil ehliyetine sahip olarak kabul edilmektedir. Fiil ehliyetinin TMK’da yer alan nedenlerden dolayı sınırlandırılması halinde, kendi geleceğini belirleme hakkının da sınırlandırılmış olacağı öne sürülmektedir³⁹⁸. Bu açıdan bakıldığında, ayırt etme gücüne sahip olmayan erginlerin veya ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerin fiil ehliyetinin sınırlandırılması durumunda kendi geleceğini belirleme haklarını kullanamayacakları çıkarımı yapılabilecektir ki kanımızca yerinde bir durum olmayacaktır. Zira kendi geleceğini belirleme hakkı aktif olarak kullanılmasa bile varlığını sürdüren bir haktır. Yani kişiler henüz bu haklarını kullanmak istediklerini beyan edemeyecek durumda olmasalar bile hakka sahip olmaları, hakkın korunması altında olmaları için yeterli kabul edilmelidir.

Kendi geleceğini belirleme hakkının kişilik hakları kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği, yoksa bizzat tek başına korunan bir hukuki değer mi olduğu

³⁹⁷ KESKİN, s. 39-40.

³⁹⁸ KESKİN, s. 40-41.

konusunda Keskin'e göre, hakkın tek başına korunması gerekmele birlikte başka kişilik değerleriyle de bağlantısı bulunmaktadır³⁹⁹. Bu çerçevede, kendi geleceğini belirleme hakkıyla bağlantılı olan kişilik hakkını incelemekte fayda vardır.

2.2.4.2.3.1 Kişilik Hakkı

Kişilik hakkı öğretide farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Dural/Öğüz'e göre, *“Kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hakkı”*⁴⁰⁰, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir'e göre, insan olmaktan kaynaklanan ve insanın ayrılmaz bir şekilde sahip olduğu, vazgeçilemez, devredilemez, parayla ölçülemez ve istisnalar haricinde miras yoluyla aktarılamayan haklar⁴⁰¹, Kılıçoğlu'ya göre, *“Kişisel varlıklar üzerindeki haklar”*⁴⁰², Özsunay'a göre, *“Kişisel değerlerin tümünü içeren ve kişinin varolmak, gelişmek, özgür olmak ve saygı görmek hususundaki hakları”*⁴⁰³, Karakaş'a göre, *“Kişinin maddi, hukuki ve manevi nitelikteki varlıkları, yani, kişinin kişi olması nedeniyle sahip olduğu hak ve fiil ehliyetleri ile hayatı, vücut tamlığı, onuru, saygınlığı, sırları, adı, resmi, görüntüsü vb. üzerindeki haktır.”*⁴⁰⁴. Bu tanımlardan, kişilik hakkının sadece belirlenmiş değerler üzerinde söz konusu olmadığı, hatta kişilik hakkının kapsamının sınırlı sayı çerçevesinde değerlendirilmediği ifade edilmiştir. Kişilik hakkı çerçevesindeki değerlerin sınırlı sayı

³⁹⁹ KESKİN, s. 50-51. Bizzat karar verme hakkının ayrı bir hukuki menfaat olarak korunması gerektiği düşünülmüştür. Bununla birlikte; hakkın kişilik değerleriyle doğrudan bağlantılı kabul edildiği ve kapsamının da bunlarla sınırlı olduğu ifade edilmiştir. Bunun bir sonucu olarak da mutlak bir bizzat karar verme hakkının kabul edilemeyeceği öne sürülmüştür. Yine de bizzat karar verme hakkının sınırsız bir hak olmadığı, bir başkasının hakkını ihlal etmeye başladığı andan itibaren sınırlandırılması gerektiği belirtilmiştir. KESKİN, s. 56-57.

⁴⁰⁰ DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 100.

⁴⁰¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 174.

⁴⁰² KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Hukuk, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 296.

⁴⁰³ ÖZSUNAY, Gerçek Kişiler, s. 149.

⁴⁰⁴ KARAKAŞ, Fatma Tülay: Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 25.

ilkesine tabi olmaması nedeniyle, sınıflandırılması konusunda da farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşler arasındaki ortak nokta, maddi varlığa ilişkin bir sınıflandırmanın yapılmış olmasıdır. Bu kapsamda; maddi varlığa ilişkin kişilik değerleri, kişinin hayatı, vücut bütünlüğü, cinsel özgürlüğü ve hareket serbestisi olarak sayılmıştır⁴⁰⁵.

Kişilik hakkı, mutlak nitelikte kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar arasında kabul edilmektedir⁴⁰⁶. TMK'nın 23. ve 24. maddelerinde kişiliğin korunmasına ilişkin düzenlemeler mevcuttur ve bu kapsamda kişilik haklarının korunmasına ilişkin çerçeve nitelikte hükümler yer almaktadır. Kişilik haklarının tek tek sayılabilmesi mümkün olmadığından bu yönetime başvurulmuş ve sınırlı sayı ilkesi kabul edilmemiştir. Dolayısıyla her ne kadar Kanun'da kişilik hakları sayılmamış olsa da öğretide buna ilişkin çeşitli görüşler ortaya atılmıştır⁴⁰⁷. Bununla birlikte, TMK'nın 24. maddesinde kişilik hakkı kavramı açıkça kullanıldığı için, kişiliğe bağlı olan değerler üzerinde tek ve genel bir kişilik hakkı olduğu öne sürülmüştür⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ KESKİN, s. 55-56. *Keskin'e* göre, "insan varlığını oluşturan, kişiler arası ihtiyaçlara göre korunması gereken, kişiliğe saygınlığı ve kişiliğin serbestçe gelişmesini temin etme özelliği taşıyan, kişiyi kişi yapan ve böylece kişilik hakkının kapsamına giren bütün unsurlar" kişilik değeri olarak kabul edilmektedir. Kişilik değeri sınırlı sayı ilkesi çerçevesinde değerlendirilmediğinden, zamanla bu kapsama farklı değerler de eklenebilecektir. Kişilik hakkının kapsamına girecek kişilik değerlerinin ise günün koşullarına ve somut olaya göre hâkim tarafından belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. KESKİN, s. 53-54. Alman Medeni Kanunu'nda tek bir kişilik hakkının kabulü yerine, kişi varlığına dahil olan değerlerin tek tek sayılması yoluna gidilmiştir. BGB m. 823'e göre kişilik değerleri kapsamında vücut bütünlüğü, sağlık, cinsel bütünlük sayılmıştır. KESKİN, s. 51. AYAN/AYAN'a göre kişilik haklarının konusunu oluşturan değerler genel olarak; maddi bütünlüğe ilişkin değerler, manevi bütünlüğe ilişkin değerler ve iktisadi bütünlüğe ilişkin değerler olarak sınıflandırılmıştır. AYAN/AYAN, s. 98.

⁴⁰⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 107. AYAN/AYAN, s. 94. Kişilik hakkının mutlak veya nispi şeklinde bir ayırım yapılmaksızın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu görüşü için bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 104.

⁴⁰⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 178. Bu kapsamda kişilik hakları çerçevesinde kabul edilen haklar; ad, hayat, sağlık ve vücut tamlığı, faaliyet ve yaşamını düzenleme özgürlüğü, haysiyet ve onur, resim ve ses, kişinin sırları ile özel hayatıdır. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 179-214. *Dural/Öğüz'e* göre, hayat, sağlık ve vücut tamlığı, kişinin şeref ve haysiyeti, kişinin hayat alanı, kişinin resmi üzerindeki hakkı şeklinde bir ayırım yapılmıştır. DURAL/ÖĞÜZ, s. 104-144. Ancak çalışma konusu dışına çıkmamak adına bu başlıklardan yalnızca hayat, sağlık ve vücut tamlığına ilişkin kişilik hakları ele alınacaktır.

⁴⁰⁸ KESKİN, s. 52.

Kişilik hakkı kapsamında sayılan hayat, sağlık ve vücut tamlığına ilişkin haklar altında tıbbi müdahaleler, organ ve doku nakli ile cinsel faaliyete ilişkin müdahaleler yer almaktadır⁴⁰⁹. Hem fiziksel hem de ruhsal anlamda iyi olma hali olarak tanımlanan vücut tamlığı konusunda, hakkın mutlak bir hak olması nedeniyle de kişinin rızası dışında yapılacak her müdahalenin hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir. Anayasa'nın 17. maddesinin 1. fıkrası, TMK'nın 24. maddesi ile TCK'nın ilgili hükümleri bu hakkı açıkça korumaktadır. Biyotıp Sözleşmesi'nin de buna destek olan düzenlemeleri içerdiği ifade edilmekle birlikte, kişinin kendi geleceği ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu irade beyanlarının dikkate alınması gerektiği sözleşmede yer almaktadır⁴¹⁰.

Kişilik hakkı; para ile değerlendirilemeyen, mutlak nitelikte, kişiye sıkı sıkıya bağlı, üçüncü kişilerin tanınması ve saygı göstermesi gereken ve hukuka aykırı müdahaleleri önleme yetkisi veren bir niteliğe sahiptir. Aynı zamanda yalnızca hakkın sahibi tarafından kullanılabilmesi neticesinde, başkalarına devredilmesi, başkası tarafından kullanılması, feragat edilmesi mümkün değildir⁴¹¹.

Kişilik hakkı, her ne kadar mutlak nitelikte kabul edilse de kişinin rızasının her müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyeceği öne sürülmektedir. Özellikle kamu düzenine, ahlaka ve adaba aykırı rızanın müdahaleyi hukuka uygun hale getirmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bunun gerekçesi olarak ise hakkın niteliğinin kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilmesi, sürdürebilmesi ve çeşitli etkilere karşı bozulmasına engel olabilmesi olduğu ve bu yönleriyle kamu düzenini doğrudan ve

⁴⁰⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 180-193.

⁴¹⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 180-181. DURAL/ÖĞÜZ, s. 104.

⁴¹¹ Ayrıca icra takibine konu oluşturmaz, hak düşürücü süreye tabi değildir ve zamanaşımına uğramaz. Ölümle sona erer ve mirasçılara geçmez. HELVACI, 105-107. ÖZTAN, Gerçek Kişiler, s. 256-261. DURAL/ÖĞÜZ, s. 103-104. AYAN/AYAN, s. 94-95. KESKİN, s. 53.

yakından ilgilendirmesi gösterilmiştir. Bu düşünceye göre kişinin kendi hayatı üzerinde tasarruf hakkı bulunmamaktadır⁴¹². Vücut bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen müdahalelerde ise müdahalenin niteliğine bakılması gerektiği, kişinin hiçbir sebep yokken vücut bütünlüğüne bir müdahalede bulunulmasına rıza göstermesinin, fiili hukuka aykırı olmaktan çıkarmayacağı ifade edilmiştir⁴¹³.

Bunun yanında, kişinin rızası olmasa da bazı müdahalelerin hukuka uygun olabileceği öne sürülmüştür. Anayasa'nın 17. maddesinde ifade edilen genel sağlığın korunmasına yönelik müdahalelerde kişinin müdahaleye rıza göstermese bile müdahalenin hukuka aykırı olmayacağına dair hüküm, bu durumlara örnek gösterilmiştir. “Başkası lehine tıbbi müdahaleler” olarak da adlandırılan ve bu gibi durumlarda tıbbi müdahalelerin rıza olmaksızın, hukuki düzenlemeler çerçevesinde, hukuka uygun kabul edileceği ifade edilmiştir⁴¹⁴.

Kişilerin kendi şahsi menfaatleri doğrultusunda bilerek ve isteyerek kişilik haklarında tasarrufta bulunmasının, başkalarının menfaat alanına tecavüz niteliğinde olmadığı sürece, kamu düzenini bozmayacağı düşünülmüştür. Kişilik haklarından feragat edilemeyeceği ilkesinin, bir cerrahi müdahaleye rıza göstermiş olan kişinin her zaman mutlak bir şekilde rızasını geri alabilmesini de içereceği kabul edilmiştir⁴¹⁵.

Kişilik hakkının konusunu oluşturan maddi bütünlüğe ilişkin değerler olan vücut bütünlüğü ve sağlık konusunda *Ayan / Ayan*'a göre; kişinin vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf yetkisi bulunmamaktadır ancak kanunun izin verdiği durumlarda, örneğin organ nakli gibi hallerde vücut bütünlüğüne ilişkin müdahaleler bu tasarruf yetkisinin

⁴¹² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 181-182. DURAL/ÖĞÜZ, s. 104-105.

⁴¹³ DURAL/ÖĞÜZ, s. 104-105.

⁴¹⁴ DURAL/ÖĞÜZ, s. 105. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 185.

⁴¹⁵ BELGESAY, s. 64.

kapsamında kabul edilebilecektir⁴¹⁶. Sağlıkla ilgili müdahalelerde ise TMK'nın 23. maddesine dayanılarak işlemin hukuka uygun olacağı, önemli olanın bu maddedeki sınırlar çerçevesinde sağlığa yönelik müdahalenin gerçekleşmiş olması gerektiği ifade edilmiştir⁴¹⁷.

Çocuğun kişilik hakkı söz konusu olduğunda, TMK'da yer alan kişilik hakkı kapsamındaki hükümler hukuktaki gerçek kişileri ele aldığından ve çocuk da bir gerçek kişi olduğundan, bu hükümlerin çocuklar açısından da geçerli olacağı kuşkusuzdur. Dolayısıyla doğumu itibarıyla kanunda düzenlenmiş tüm kişilik haklarına sahip olacaktır. Ancak burada yetişkinlerle çocuklar arasındaki fark, kişilik haklarının bazılarının niteliği gereği, çocuğun bu haklara büyüme ve kendini geliştirme süreci içerisinde çeşitli aşamalarla sahip olacağıdır. Örneğin şeref ve haysiyete ilişkin haklar, bir çocuğun doğumundan itibaren sahip olduğu kişilik haklarından, mesleki ve ticari faaliyete ilişkin bir kişilik hakkı ise geçireceği süreçler sonucunda elde edeceği bir kişilik hakkı olacaktır. Bunun yanında diğer fark ise, kişilik hakkına bir saldırı olduğunda bu saldırıya karşı, müdahalede kimin bulunacağı veya korumaya yönelik eylemleri gerçekleştireceği yönünde ortaya çıkacaktır. Bu durumda kanuni temsilcinin kişilik haklarına karşı müdahalede bulunma ve hakları koruma yetkisi bulunmakla birlikte, saldırının kaynağı veya çocuğun çıkarlarına karşı hareket eden kişinin kanuni temsilci, ya da anne-baba olması durumunda veya dışarıdan gelen saldırılara karşı kanuni temsilcinin yetersiz

⁴¹⁶ AYAN/AYAN, s. 116-117. Yazarlar burada hem 2238 sayılı Kanunu hem de TMK'nın 23. maddesini dayanak göstermişlerdir.

⁴¹⁷ AYAN/AYAN, s. 117.

kalması durumunda ise TMK gereğince devletin çocuğu koruyucu tedbirleri almak üzere devreye girmesi söz konusu olacaktır⁴¹⁸.

2.2.4.2.3.2 Fiil Ehliyeti

Kendi geleceğini belirleme hakkı, kişinin bazı yetkinliklere sahip olmasını gerektirir. Kişinin hukuki menfaatlerini bilmesi, tanınması ve buna göre hareket etmesi, kişisel sorumluluklarının bilincinde olması, bunları ifade edebilmesi ve tüm bu konular hakkında karar verebilmesi gibi entelektüel ve fiziksel yetenekler, kendi geleceğini belirleme hakkının kullanılması aşamasında önemli bir yere sahiptir. Dolayısıyla kişinin, anlama ve ayırt etme yeteneğine sahip olup olmadığı, kendi geleceğini belirleme yeteneğinin de bulunup bulunmadığını belirleyecektir⁴¹⁹.

Medeni hukukta çocuğun kendisi hakkında karar verip veremeyeceğinin tespiti için öncelikle fiil ehliyeti kavramına bakmak gereklidir. Fiil ehliyeti, medeni hukukta kabul edilen ve kişinin kendi eylemleriyle hak kazanabilmesi ve borç altına girebilmesini sağlayan bir kavramdır⁴²⁰. Her ne kadar kişinin hukuki eylemleriyle ilgili bir kavram gibi görünse de aslında hukuki sonuç doğurma özelliğine sahip tüm eylemlerinde fiil ehliyetinin aranması gerektiği ifade edilmiştir⁴²¹. Çocuğun kendisi hakkında karar vermesi de yine hukuki sonuç doğurmaya yönelik bir eylemdir ve fiil ehliyetinin tespiti bu hususta önem kazanmaktadır.

⁴¹⁸ Anayasa'nın 41. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır." ifadesinin, bu konuyu destekleyen bir hüküm içerdiği ifade edilmiştir. BADUR, Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması, s. 39.

⁴¹⁹ KESKİN, s. 65-66.

⁴²⁰ ÖZTAN, Gerçek Kişiler, s. 114. Benzer yönde tanımlar için bkz. AYAN/AYAN, s. 51.

⁴²¹ DURAL/ÖĞÜZ, s. 50. Fiil ehliyetinin türleri; sözleşme ehliyeti, tasarruf ehliyeti ve dava ehliyeti olarak sınıflandırılmıştır. DURAL/ÖĞÜZ, s. 50. Çocuğun kendisi hakkında karar verebilmesi, tasarruf ehliyeti kapsamında değerlendirilebilecektir. Zira bu çalışmada, çocuğun kendi vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf edip edemeyeceği tartışılmaktadır.

Fiil ehliyeti, hukuken geçerli işlemler yapabilme yeteneğine sahip olmak olarak tanımlanabilir. Aynı zamanda, medeni hakları kullanma ehliyeti olarak da adlandırılan fiil ehliyetine sahip olmak için aranan şartlardan biri de yaştır. Roma hukukunda yaş açısından üç devre kabul edilmiştir. Bunlar; çocuklar, çocukluk devresini geçirmiş olan küçükler ve baliğ küçüklerdir⁴²². Osmanlı hukukunda da beş çeşit devre uygulanmıştır. Bunlar; ceninlik devresi, çocukluk devresi, temyiz devresi, bülüğ devresi ve rüşd devresidir⁴²³. İslam ve Osmanlı aile hukukunda modern anlamdaki ilk kanunlaştırma

⁴²² SCHWARZ, Andreas B.: Roma Hukuku Dersleri I. Cilt (Çev. Türkan RADO), 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 654, İstanbul 1956, s. 266. Roma hukukunda çocukluk, çocuğun konuşacak ve medeni hukuk açısından işlemler yapabilmek için kendini ifade edebilecek yaşa gelmesine kadar devam etmekteydi. Bu yaş, çeşitli metinlerde yedi yaş olarak kabul edilmiştir. Çocukluk devresini geçirmiş olan küçükler, henüz bülüğ yaşına erişmemiş olanlardır. Bu yaş aralığı, ilk olarak çocuk yapabilme kabiliyeti olarak belirlenmiş olsa da sonraları bülüğ yaşının değişkenlik gösterebileceği fark edildiğinden standart bir yaş olarak erkekler için on dört, kızlar için ise on iki olarak tespit edilmiştir. Bu yaş aralığındaki küçükler, kendi durumunu düzelter ve yararına olan işlemleri tek başlarına yapabilmekteydiler. Baliğ küçükler olarak adlandırılanlar ise, on iki veya on dört yaşını doldurmalarından itibaren bütün hukuki işlemleri yapmaya yani tam olarak fiil ehliyetine hak kazanmaktaydılar. Fakat bu yaşın tamamlanmış olması, tam olgunluğa eriştiklerini göstermemekteydi. Dolayısıyla da milattan önce 200 yılında “Lex Plaetoria” isimli kanunla yirmi beş yaş sınırı getirilerek, bu yaştan küçüklerin hukuki işlemlerde korunması amaçlanmıştır. Bu yaş sınırı daha çok yirmi beş yaşını doldurmamış kişilerin aldatılması durumunda söz konusu olmaktadır ve bu kişiler kendilerine bir kayyum atanmasını isteyebilmekteydiler. Türk hukukunda bu şekilde bir yaş ayrımı yapılmamıştır. SCHWARZ, s. 266-270.

⁴²³ AYDIN, Mehmet Akif: Türk Hukuk Tarihi, 16. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2019, s. 212-215. Ana rahmine düşmeyle başlayıp doğumla sona eren ceninlik devresinde fiil ehliyeti bulunmamaktadır. 7 yaşına kadar olan dönem çocukluk devresi olarak adlandırılmış, bu devrede çocuğun hak ehliyeti bulunmakla birlikte fiil ehliyetinin hiç olmadığı kabul edilmiştir. AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, s. 213. EKİNCİ, Ekrem Buğra: Osmanlı Hukuku-Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2008, s. 403. 7 yaşından bülüğ çağına kadar ise temyiz devresi olarak adlandırılmış, temyiz kudretinin olup olmadığı ise bir alışveriş yaptığında bunun sonuçlarını anlayıp anlamadığına göre tespit edilmiştir. Örneğin çocuk, bir mal aldığı zaman bunun kendi malvarlığına geçtiğini veya bir malı sattığında kendi malvarlığından çıktığını anlayabiliyorsa, temyiz kudretinin var olduğu kabul edilmiştir. Bu devrede çocuğun velisinin izniyle nikahlanabileceği veya evlenebileceği, ancak evliliğin fiili olarak bülüğden sonra başlayacağı ve çocuğun isterse bu aşamada nikahı bozabileceği aktarılmıştır. EKİNCİ, Osmanlı Hukuku, s. 403. Çocuk bu dönemde “mümeyyiz” olarak adlandırılmış; iyi ve kötüyü, doğru ve yanlış ayırabilecek, kendi bakımlarını gerçekleştirebilecek fiziksel ve zihinsel olarak geldikleri kabul edilmiştir. 7 yaşın tamamlanmasıyla başlayan bu süreçte, “mümeyyiz küçük” lehine olan işlemleri tek başına yapabilmekle birlikte aleyhine olan işlemleri ne kendisi tek başına ne de velisinin izniyle yapabilir. Çocuk bu dönemde eksik ehliyetli olarak adlandırılmıştır. AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, s. 214. Çocuğun temyiz devresinde “gayrimümeyyiz” olarak kabul edildiği yönündeki bilgi için bkz. ARAZ, s. 89. Bülüğ devresi ise çocuk yapabilme kabiliyetinin başladığını ifade eden, kişiden kişiye değişebilen, altı sınırının kız çocuklarında 9 yaş, oğlan çocuklarında ise 12 yaş olarak kabul edilen, üst sınır olarak ise her iki cinsiyette de 15 yaşın belirlendiği dönemdir. 15 yaşını geçtikten sonra ise çocuklar bülüğ belirtileri göstermemiş olsalar da artık baliğ kabul edilmiştir. EKİNCİ, Osmanlı Hukuku, s. 403-404. ARAZ, s. 89-90. Bülüğ devresi, çocuğun biyolojik olgunluğa erişmesi yahut bu konuda hukuken belirlenmiş yaşı doldurmasıyla başladığı ve çocuğun bu yaşta akli

çalışması olarak kabul edilen 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile bu alanda birçok konuda hukuki düzenleme yapılmıştır⁴²⁴. Evlenme ehliyeti açısından kız çocukları için 17, erkek çocukları için ise 18 yaşının doldurulmasını şart koşan Kararname, bu yaştaki çocukları “akıl balığ” olarak kabul etmiştir⁴²⁵. Ancak Kararname, evlilik yaşları dışında çocuklar açısından başkaca düzenleme içermemektedir.

olgunluğa eriştiği tespit edilirse ancak o zaman tam ehliyetli olarak kabul edilmiştir. AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, s. 215. Bülüğ devresi özellikle kız çocukları açısından önem arz etmektedir; zira kız çocuklarının bülüğ çağının oğlan çocuklarından daha önce başladığı ifade edilmiştir. Ayrıca çocuklar İslam hukukunun izin vermesi nedeniyle, velilerinin isteğine göre doğumlarının hemen ardından evlendirilebilmekteydiler. Bununla birlikte evliliğin fiili olarak hayata geçmesinin - bu durum cinsel ilişki ile ifade edilmiştir - kız çocuğunun cinsellik yaşama konusunda yeterli fiziksel ve zihinsel olgunluğa ulaşmasıyla mümkün olacağı şeklinde anlaşılmıştır. Henüz fiziksel olgunluğa erişmemiş ancak adet görmeye başlamış olan kız çocukları için ise cinsel ilişki safhasının ertelenmeye çalışıldığı aktarılmıştır. Ancak kız çocuklarının cinsel ilişkiye girecek fiziksel olgunluğa erişip erişmediğinin tespitinde ise kadınların rol aldığı ifade edilmiş, çocukların dış görünüşlerine bakarak ve hukuki düzenlemeler ile yerel örf ve adetin de kararda katkısı olduğu düşünülmüştür. Hatta henüz adet görmemiş kız çocuklarının dahi yeterli fiziksel olgunluğa ulaştıklarında evlendirilmeleri söz konusu olmuş ya da adet görse de henüz cinsel ilişki için fiziksel olgunluğa sahip olmayan kız çocuklarının anne ve babasının yanında kalması gerektiği yönünde bir uygulama geliştirilmiştir. ARAZ, s. 91-92. Osmanlı’da kız çocuklarının erişkinlik aşamasına geçişinde cinsel ilişkiye girebilecek fiziksel gelişimlerinin esas alınması, biyolojik anlamda bülüğ çağına gelmeden hala çocuk oldukları gerçeğinin önüne geçtiği için eleştirilmiştir. Ancak kız çocukları bu aşamadan sonra artık çoğunlukla mümeyyiz kabul edilmişlerdir. Oğlan çocukları ise 12-15 yaş aralığında çocukluktan yetişkinliğe geçmekte ve hukuk önünde de artık bu yaştan itibaren varlıkları kabul görmeye başlamaktaydı. Örneğin; bu yaş aralığından itibaren oğlan çocukları vergi defterlerine kaydedilmeye başlanmıştır. ARAZ, s. 92-93. Kişinin mallarını kullanma konusunda olgunluğa erişmiş olması ise rüşd devresi olarak adlandırılmıştır ve bu kişiler akil ve balığ olarak kabul edilmişlerdir. Rüşd yaşı 20 yaş olarak ifade edilmiştir. EKİNCİ, Osmanlı Hukuku, s. 405. Mehmet Akif Aydın, rüşd yaşı için kesin bir yaş belirlenmediğini aktarmıştır. AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, s. 215.

⁴²⁴ YURTSEVEN, s. 207. Bu kararname çok kısa bir süre uygulanabilmiş, 1919 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. YURTSEVEN, s. 220.

⁴²⁵ CİN, s. 294. YURTSEVEN, s. 227. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin 4. maddesinde yer alan hükme göre, “Ehliyyet-i nikâhı haiz olmak için hâtubın 18 ve mahtûbenin 17 yaşını itmam etmiş olmaları şarttır.” Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Mehîr Vakfı Yayınları, 5. Baskı, Konya 2017, s. 24. Bununla birlikte, çocuk daha erken yaşta bülüğe eriştiği gerekçesiyle, hâkîmin de kararıyla evlenebilmekteydi. Ancak bu durumdaki kız çocukları için ayrıca velilerinin de izni aranmaktaydı. YURTSEVEN, s. 228. Kararname’de durum 5. ve 6. maddelerde şu şekilde ifade edilmiştir:

“Madde 5.

18 yaşını itmam etmemiş olan mürahik bâliğ olduğunu beyan ile müracaat ettikde hali mütehammil ise hâkim izdivacına müsaade edebilir.”

“Madde 6.

17 yaşını itmam etmemiş olan mürahika balığa olduğunu beyan ile müracaat ettikde hali mütehammil ve velisinin izni munzam ise hâkim izdivacına müsaade edebilir.” Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, s. 24. Ayrıca kız çocuklarının 9, oğlan çocuklarının ise 12 yaşını doldurmadan evlendirilmelerine hiçbir şekilde izin verilmemiştir. CİN, s. 295. YURTSEVEN, s. 228. Bu durum Kararname’nin 7. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

“Madde 7.

12 yaşını itmam etmemiş olan sağır ile 9 yaşını itmam etmemiş olan sağire hiç bir kimse tarafından tezvîc edilemez.” Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, s. 24.

TMK'nın "Fiil ehliyetsizliği" başlıklı 14. maddesine göre, "*Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur.*" Dolayısıyla tam ehliyetsizlerin, ayırt etme güçlerinin olmadığı ve dolayısıyla fiil ehliyetlerinin de bulunmadığı, bu kişiler sağlıklı bir iradeye sahip olmadıkları için açıkladıkları irade beyanlarının da sağlıklı olmayacağı, bunun sonucu olarak da fiilleri ve beyanlarının hukuki sonuç doğurmayacağı ifade edilmiş; bu kişilerin yaptığı işlemlerin kendiliğinden geçersiz olarak kabul edileceği ifade edilmiştir⁴²⁶. Tam ehliyetsiz çocukların hukuk önünde temsil edilmeleri, yasal temsilcileri tarafından olur. Anne ve baba, velayet hükümleri çerçevesinde tam ehliyetsiz çocuklarını üçüncü kişiler önünde temsil ederler. Yasal temsilcinin yapmış olduğu işlemler, tam ehliyetsiz çocuk için bağlayıcıdır⁴²⁷. Sınırlı ehliyetsiz olan ayırt etme gücüne sahip küçükler açısından ise durum farklıdır. Kural olarak, sınırlı ehliyetsizler yasal temsilcilerinin izni olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Böyle bir düzenlemenin amacı, küçükleri daima korumaktır⁴²⁸.

Fiil ehliyetine tam olarak sahip olabilmek için, kişinin ergin olması, ayırt etme gücüne sahip olması ve kısıtlı olmaması gereklidir⁴²⁹. Kural olarak 18 yaşın tamamlanmasıyla kişiler ergin olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla çocukların ergin olmadıkları için tam fiil ehliyetine sahip olmadıkları söylenebilecektir. Ancak sadece

⁴²⁶ ÖZTAN, Gerçek Kişiler, s. 169-171. Burada incelenmesi gereken nokta, TMK'nın 14. maddesinde fiil ehliyeti bulunmayan kişileri sayarken ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişiler ve çocukları ayrı ayrı kaleme almış olması ve 15. maddesinde yer alan istisnalar dışında ayırt etme gücüne sahip bulunmayanların fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağına dair düzenlemelerdir. TMK'nın 13. maddesinde ise "*Yaşının küçüklüğü yüzünden ... akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.*" denerek yaş küçüklüğünün bir ayırt etme gücünden yoksunluk nedeni olarak gösterilmesi söz konusu olmaktadır. Bu çerçevede çocukları hangi kategoride değerlendirmek gerekecektir? Her yaşta çocukların ayırt etme gücüne sahip olmadığı, maddelerden yola çıkılarak, kategorik olarak söylenebilecek midir?

⁴²⁷ ÖZTAN, Gerçek Kişiler, s. 185.

⁴²⁸ ÖZTAN, Gerçek Kişiler, s. 191.

⁴²⁹ ÖZTAN, Gerçek Kişiler, s. 132. Mehaz kanun olan İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 yılında yürürlüğe giren bir değişiklikle "kısıtlılık" şartı kaldırılmıştır. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 56.

ergin olmak yeterli değil, aynı zamanda ayırt etme gücüne de sahip olmak gereklidir. Bu diğer önemli şart, çalışma konusu açısından da önem arz etmektedir.

2.2.4.2.3.3 Ayırt Etme Gücü

Ayırt etme gücü, kişinin ehliyet durumunu belirlediğinden, fiil ehliyetinin en önemli koşulu olarak kabul edilmektedir. Zira ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişi, tam ehliyetsiz olarak kabul edilir⁴³⁰. Ayırt etme gücü, kişi ergin olmasa da bazı durumlarda fiil ehliyetine sınırlı da olsa sahip olmasını sağlayabilir⁴³¹. Medeni hukukta ayırt etme gücüne sahip ergin kişilerin, hukuki işlem ehliyetinin varlığı kabul edilmektedir. Kişinin yaptığı hukuki işlemler, menfaatlerine aykırı bile olsa, hukuka veya ahlaka aykırı olmadığı sürece geçerlidir⁴³².

TMK'nın 13. maddesinde *“Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.”* denmiş ve ayırt etme gücünün akla uygun biçimde davranma yeteneğiyle bağlantılı olduğu ifade edilmiştir. Ancak ayırt etme gücünün bir tanımı kanunda yapılmamış ve buna ilişkin kesin bir yaş sınırı da belirtilmemiştir. Hatta *“yaşının küçüklüğü yüzünden”* ibaresi kullanılarak bir belirsizlik yaratılmıştır. Burada anlaşılması gereken 18 yaşından küçük olmak mıdır yoksa karar verebilecek zihni olgunluğa ulaşmak mıdır? Kanaatimizce ikinci şekilde anlamak gereklidir çünkü ergin olmayanların da kimi durumlarda sınırlı olsa da fiil ehliyetine sahip olabilecekleri kabul edilmektedir. Maddede

⁴³⁰ AKYÜZ, s. 110.

⁴³¹ ÖZTAN, Gerçek Kişiler, s. 140. TMK'nın 12. maddesinde erginlik için ayrı bir düzenleme yapılmıştır. Maddeye göre, *“Onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.”* Ancak bu durum, çocuğun 15 yaşından sonra mahkeme kararıyla ergin kılındığı anda ayırt etme gücüne de sahip kabul edileceği şeklinde yorumlanamaz.

⁴³² KESKİN, s. 66.

düzenlenen ayırt etme gücü kavramı, bir tanımdan ziyade, ayırt etme gücüne kimlerin sahip olduğunu açıklayacak şekilde kaleme alınmıştır. TMK'nın "Ayırt etme gücünün bulunmaması" başlığı altındaki 15. maddesinde ise, kanunda gösterilen durumlar istisna olmak kaydıyla, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin fiillerinin hukuki bir anlam ifade etmediği düzenlenmiştir.

Bilge Öztan'a göre ayırt etme gücü iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlar entelektüel unsur ve voluntativ unsurdur. Entelektüel unsorda kişinin davranışlarının neden ve sonuçlarını doğru olarak anlayabilmesi gerekmektedirken voluntativ unsorda ise kişinin kendi iradesini oluşturarak davranışlarını bu iradeye uygun şekilde gerçekleştirmesi beklenir⁴³³. *Dural/Öğüz*'e göre "*Kişinin, makul surette hareket edebilme, fiillerinin sebep ve sonuçlarını idrak edebilme yeteneğine ayırt etme gücü denir.*"⁴³⁴. Bu tanıma göre, ayırt etme gücü, idrak ve irade şeklinde iki unsurdan oluşmaktadır. Kişinin davranışlarını sebep-sonuç ilişkisi içerisinde değerlendirebilmesi idrak olarak tanımlanırken, irade ise kişinin idrak ettiği şekilde serbestçe harekete geçebilmesi şeklinde ifade edilmiştir. *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*'e göre, ayırt etme gücü temel olarak akla uygun biçimde davranabilme yeteneği ile alakalıdır. Akla uygun biçimde davranabilme ise, kişinin davranışlarını sebep veya sonuçlarını doğru bir biçimde kavramak ve davranışlarını buna göre yönlendirebilmektir⁴³⁵. *Akyüz*'e göre, "*Ayırt etme gücü, bir kimsenin fiil ve işlemlerinin saiklerini, sonuçlarını, kapsamını ve etkilerini seçebilme ve bunlara uygun hareket edebilme yeteneğidir.*"⁴³⁶. *Keskin*'e göre ise, "*Bir kimsenin makul bir şekilde*

⁴³³ ÖZTAN, Gerçek Kişiler, s. 141.

⁴³⁴ DURAL/ÖĞÜZ, s. 57.

⁴³⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 57.

⁴³⁶ AKYÜZ, s. 111.

hareket edebilme, davranışlarının sebep ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneği ayırt etme gücü olarak isimlendirilir.”⁴³⁷.

Bununla birlikte, öğretide ayırt etme gücü hakkında ortak bir tanımlama ve genel geçer kriterler bulunmamaktadır ve her somut olaya göre kişinin ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı münferit olarak hâkim tarafından araştırılmalıdır⁴³⁸. Ayırt etme gücünün tespitinde, göreceli bir kavram olmasından dolayı, çocuğun zihinsel ve vücutsal gelişimi, içinde yaşadığı ortam ve yaptığı işlemlerin önemi gibi kriterlerin göz önüne alınması gerektiği kabul edilmektedir⁴³⁹. Bu tespit yapılırken her somut olay çerçevesinde mutlaka hâkim tarafından özel bir değerlendirme yapılarak olayın niteliğiyle birlikte ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. Burada önemli olan, söz konusu davranış ortaya konulurken ilgili kişi açısından akla uygun olarak gerçekleştirip gerçekleştirilmediğidir. Kimi davranışların belli yaştaki çocuklar tarafından gerçekleştirilmesinin akla uygun olmadığını kategorik olarak söylemek doğru değildir. Mutlaka, her somut olayda yer alan çocuk için özel bir değerlendirme yapılmalıdır⁴⁴⁰. Zira TMK’da yaş küçüklüğünün ayırt etme gücünü etkilemesi açısından herhangi bir yaş sınırlaması getirilmemesi de durumun her olayın kendi özellikleri çerçevesinde değerlendirilmesini gerektirmektedir⁴⁴¹. Elbette bu durumda mutlaka çocuk gelişimcileri ve sosyal çalışmacıların görüşlerine bilirkişi sıfatıyla başvurulması son derece önem arz etmektedir.

⁴³⁷ KESKİN, s. 67.

⁴³⁸ ÖZTAN, Gerçek Kişiler, s. 143. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 58. AKYÜZ, s. 111.

⁴³⁹ ÖZTAN, Gerçek Kişiler, s. 145. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 60. AKYÜZ, s. 111.

⁴⁴⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 63-64. DURAL/ÖĞÜZ, s. 58. KESKİN, s. 67.

⁴⁴¹ DURAL/ÖĞÜZ, s. 58. Bazı kanunlarda ayırt etme gücü için çeşitli sınırlar öngörülmüştür. Örneğin; Alman Medeni Kanunu’nda fiil ehliyeti için 7 yaş sınır olarak belirlenmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi’nde ise fiil ehliyetine yaş yönünden bir sınır getirilemeyeceği, her somut olayın koşullarına göre ayrı bir değerlendirme yapılması gerektiği yönünde bir karar verilmiştir. DURAL/ÖĞÜZ, s. 58.

Tartışmalı olan bir başka mesele, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar konusunda tam ehliyetsiz ve sınırlı ehliyetsiz çocukların durumu ve kanuni temsilcinin yapabileceği işlemlerin neler olduğudur. Bu haklar maddi değeri olmayan, doğrudan hak sahibi tarafından kullanılması gereken, temsile izin vermeyen, devredilemeyen ve hak sahibinin ölümüyle son bulan haklardır⁴⁴². Özellikle vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler açısından medeni hukukta bu konuya ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır.

2.2.4.2.3.4 Kullanılması Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar Açısından

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler açısından kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların, kural olarak, yasal temsilci tarafından kullanılması mümkün değildir. Bu hakların bazılarının ise istisnai olarak yasal temsilci tarafından kullanılabileceği ifade edilmektedir⁴⁴³.

Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların varlık sebebi, kendi kişiliği ile ilgili konularda karar verebilmesi için kişiyeye bir özgürlük sağlama isteğinde yatmaktadır. Bunun yanında irade özerkliği anlayışı da 19. yüzyıldan itibaren kişi hak ve özgürlüklerinin hukuki bir temele dayandırılmasıyla ortaya çıkmış, bireylerin özgürlüğünün önünü açmıştır. Bu sayede birey kendini gerçekleştirme özgürlüğüne sahip olarak kendi geleceğini kendisi belirleyebilir hale gelebilmiştir⁴⁴⁴.

Kişilik hakkı, kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar kapsamında kabul edilmektedir. TMK’da kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların tanımı yapılmamıştır. Dolayısıyla hangi hakların

⁴⁴² AKYÜZ, s. 117-118. KARAKAŞ, s. 36-43.

⁴⁴³ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 319-320. KARAKAŞ, s. 33. *Karakas*, istisnai olarak yasal temsilci tarafından kullanılabilecek bu hakları “nisbi olarak kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar” olarak adlandırmıştır. KARAKAŞ, s. 33.

⁴⁴⁴ KARAKAŞ, s. 5-9.

bu kapsamda olduğunun çıkarımını yorum yoluyla yapmak gerektiği ifade edilmiştir⁴⁴⁵. Kişiyе sıkı sıkıya bağı hakların özelliklerinden biri, temsile izin vermemesidir. Hatta Alman hukukunda bu haklar, “temsil ile bağdaşmayan, temsil edilemeyen hukuki işlem” olarak tanımlanmıştır. Bu özelliğiyle kişiyе sıkı sıkıya bağı haklar, kanuni temsilcinin hukuki işlemlerde yetkili olması kuralının istisnası olarak kabul edilmiştir. Sınırlı ehliyetsizler açısından da kanuni temsilcinin temsil yetkisini ortadan kaldıran bir hüküm niteliğinde olduğu öğretide kabul edilmektedir. Bununla birlikte, ayırt etme gücüne sahip olmayanlar açısından kişiyе sıkı sıkıya bağı hakların kullanımında istisnaların mevcut olduğu ve bu durumda kanuni temsilcinin iznine gerek olduğu savunulmaktadır⁴⁴⁶.

Kişiyе sıkı sıkıya bağı hakların bir diğer özelliği, devredilemez oluşudur. Zira bu haklar bizzat kişinin kendisi tarafından kullanılması zorunlu haklar olduğundan, bir başkasının hak sahibinden bu hakkın kullanımını devralması mümkün değildir. Dolayısıyla kişilik hakkı da bu kapsamda olup kural olarak devredilemez⁴⁴⁷.

Üçüncü özellik, vazgeçilemezliktir. Kişiyе sıkı sıkıya bağı haklardan feragat etmek mümkün değildir. TMK’nın 23. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, “*kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.*” hükmü gereğince hak ehliyetine bağı olan kişiyе sıkı sıkıya bağı hakların da vazgeçilemez nitelikte olduğu kabul edilmektedir⁴⁴⁸.

İrade özgürlüğüyle doğrudan bağlantılı ve bunun bir görünüm biçimi olan kişi özgürlüğü kişinin kendi hayatını dilediği gibi şekillendirme hakkını vermekle birlikte,

⁴⁴⁵ Öğretide bu konuda çok sayıda farklı tanım yapılmıştır. Genel itibarıyla bu yorumların ortak özelliği, kişiyе sıkı sıkıya bağı hakların doğrudan kişinin bizzat kendisi tarafından ve kanuni temsilcinin rızası olmadan kullanılabilir nitelikte olmasıdır. Detaylı bilgi için bkz. KARAKAŞ, s. 23-31.

⁴⁴⁶ KARAKAŞ, s. 36-37. Örneğin nişanlanma, evlenme gibi durumlarda küçüklerin yasal temsilcilerinin onayını alması gerekmektedir. ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 127.

⁴⁴⁷ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 126. KARAKAŞ, s. 41.

⁴⁴⁸ KARAKAŞ, s. 42-43.

İsviçre Medeni Kanunu ve TMK’da yer alan kurala göre, kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden, özgürlüklerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak kısıtlayamayacağı şeklinde düzenlenmiştir⁴⁴⁹. Esasen bu düzenleme, kişi özgürlüğünün tanımıyla çelişmektedir.

2.2.4.2.3.4.1 Tam Ehliyetsiz Çocuklar

Tam ehliyetsiz kişiler, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerdir. Bu kişilerin hukuken önem arz edebilecek işlemleri, istisnalar haricinde, kesin olarak hükümsüzdür. Aynı zamanda hukuki sonuç doğuracak irade beyanlarının da geçersiz olduğu kabul edilmektedir⁴⁵⁰. Kendi kararını veremeyecek yaşta olan veya yaşı büyük olsa da zihinsel hastalığı nedeniyle kendi kararlarını veremeyen çocuklar da bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

Tam ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarının mevcut olup olmadığı veya bu hakların kanuni temsilcileri tarafından kullanılıp kullanılamayacağı hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Genel itibarıyla kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar açısından kanuni ve iradi temsilin mümkün olmadığı kabul edilmekle birlikte, kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı meselesi gündeme geldiğinde özellikle tam ehliyetsizler açısından bu hakların kullanımında tek başlarına karar verebilmeleri kabul edilmemektedir. Gerekçe olarak da TMK’nın 15. maddesi gösterilmektedir⁴⁵¹. TMK’nın 15. maddesi *“Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz.”* demektedir. Dolayısıyla kişiye sıkı sıkıya

⁴⁴⁹ KARAKAŞ, s. 9-10.

⁴⁵⁰ DURAL/ÖĞÜZ, s. 69.

⁴⁵¹ KARAKAŞ, s. 53-54. AKINTÜRK/ATEŞ, s. 418. Tam ehliyetsizlerin her türlü hukuki işlemlerinin velisi tarafından yapılacağı ve buna kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların bazılarının da dahil olduğu ifade edilmiştir. OĞUZMAN/DURAL, s. 293.

bağlı hakkın kullanılması, tam ehliyetsizin bir fiili olarak kabul edildiğinde, bu hakkın tek başına kullanılmasının hukuki sonucu geçersizlik olacaktır.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, kişinin bizzat kendisi tarafından kullanılmasını gerektiren ve kişiyi doğrudan ilgilendiren niteliktedir. Bu hakları kişi tam ehliyetsiz olduğu için bizzat kullanamayacaktır ancak esas mesele kişi adına bu hakların kanuni temsilci tarafından kullanılıp kullanamayacağıdır⁴⁵². Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar açısından tam ehliyetsiz kişinin vücut bütünlüğüne kanuni temsilcinin izniyle de olsa dokunulamayacağı kabul edilmektedir. Ancak bu durumun tam ehliyetsiz kişinin saygınlığı açısından olumsuz ve adaletsiz sonuçlara vücut verebileceğinden ve çocuklar açısından çocuğun yüksek yararına aykırı nitelikte sonuçlar doğurabileceğinden⁴⁵³, kişinin korunması için kanuni temsilcinin bu haklardan bazılarını kullanmasına izin vermek amacıyla farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bunlardan ilki, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların mutlak ve nispi şeklinde iki açıdan değerlendirilmesidir⁴⁵⁴.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların, kanuni temsilci tarafından tam ehliyetsiz kişiler adına kullanılabilmesi nispi nitelikteki kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar açısından mümkün kabul edilmiştir. Bu tür haklar mutlak surette kişiye sıkı sıkıya bağlı olarak kabul edilmediği için kanuni temsilci tarafından kullanılabileceği ifade edilmektedir. Özellikle tam ehliyetsizin sağlığı açısından önem teşkil eden kritik tıbbi müdahalelere veli veya vasinin tam ehliyetsiz adına karar verebileceği kabul edilmektedir⁴⁵⁵. Nispi olarak kişiye

⁴⁵² DURAL/ÖĞÜZ, s. 79. Yasal temsilcinin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları tam ehliyetsiz adına kullanamaması durumunda yasal temsil düşmanlığından bahsedilebileceği görüşü için bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 79.

⁴⁵³ AKYÜZ, s. 113.

⁴⁵⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 92. DURAL/ÖĞÜZ, s. 79. Bu görüşü benimseyenler, hangi hakların mutlak, hangi hakların nispi olduğu üzerinden bir fikir birliğinde olmadıklarından görüş bu yönüyle eleştirilmiştir. DURAL/ÖĞÜZ, s. 81.

⁴⁵⁵ ÖZTAN, Gerçek Kişiler, s. 187. Mutlak nitelikteki kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ise yasal temsilci tarafından kullanılamayacağı öne sürülmektedir. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 92.

sıkı sıkıya bağı haklarda kanuni temsilcinin bu hakları kullanabilmesinin temel gerekçesi, tam ehliyetsiz kişilerin menfaatlerinin korunabilmesini sağlamaktır⁴⁵⁶.

İkincisi ise, hakların niteliğine göre ayırım yapılmasıdır. Bu görüşe göre, eğer kişi ayırt etme gücüne sahipse bu durumda kişiye sıkı sıkıya bağı olan haklarını bizzat kendisi kullanabilecektir. Çünkü bu hakların niteliğı, bu şekilde bir uygulamayı gerektirmektedir. Dolayısıyla kanuni temsilcinin bu hakları kişi adına kullanabilmesi mümkün değildir. Ancak kişinin ayırt etme gücü bulunmuyorsa ve bu durum kişinin aleyhine bir sonuç doğuruyorsa, o halde kanuni temsilcinin bu hakları kullanabilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir⁴⁵⁷.

Bu husustaki başka bir görüş, ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsizin bu haklarını kullanamayacağı konusunda bir tartışma olmadığı fakat kanuni temsilcinin bu hakkı tam ehliyetsiz adına kullanabilmesinin de TMK m. 16 maddesinin 1. fıkrasından çıkartılacak yorumla mümkün olduğunu öne sürmektedir. TMK'nın 16. maddesine göre, *“Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.”*. Dural/Öğüz'e göre, bu hüküm kişiye sıkı sıkıya bağı hakların kanuni temsilci tarafından hiçbir zaman kullanılamayacağı sonucuna ulaştırmaz⁴⁵⁸. Örneğin tıbbi bir müdahalede ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsiz çocuğun rızasının bir önemi olmadığı ve burada rızanın kanuni temsilci tarafından açıklanacağı kabul edilmektedir⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 93.

⁴⁵⁷ DURAL/ÖĞÜZ, s. 80.

⁴⁵⁸ DURAL/ÖĞÜZ, s. 81.

⁴⁵⁹ DURAL/ÖĞÜZ, s. 107.

Madde, ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmasında kanuni temsilcilerin rızasının aranmayacağını ifade etmektedir. Kanaatimizce buradan yola çıkarak ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken kanuni temsilcisinin rızasının aranabileceğini söylemek, genişletici bir yorum yapmaktır. Zira Kanun burada yalnızca, ayırt etme gücüne sahip küçükler açısından kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında özel bir istisna getirmiştir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin durumları açısından kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların özelliklerinden yola çıkarak kanuni temsilcinin bu hakkı kullanıp kullanamayacağını belirlemek gereklidir. Zira vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler, kural olarak kişinin bizzat kendisi tarafından rıza göstermesini gerekli kılan hallerdir ve özellikle tıbbi zorunluluğun bulunmadığı müdahaleler açısından kanuni temsilcinin tam ehliyetsiz adına karar vermesi, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı açısından sorunlar ortaya çıkartabilecektir.

2.2.4.2.3.4.2 Sınırlı Ehliyetsiz Çocuklar

Sınırlı ehliyetsiz çocuklar, ayırt etme gücüne sahip olarak kabul edilirler. Bu çocuklar açısından kural, ehliyetsizliktir. Ancak hangi durumlarda ehliyetli olacakları yine kanun tarafından belirlenmiştir⁴⁶⁰. TMK'nın 16. maddesine göre, ayırt etme gücüne sahip yani sınırlı ehliyetsiz olan çocuklar, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken kanuni temsilcilerinin rızasına ihtiyaç duymazlar.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında kanuni temsilcinin rızasına veya iznine bağlı kalmadan sınırlı ehliyetsiz küçüklerin bu haklarını, kural olarak,

⁴⁶⁰ DURAL/ÖĞÜZ, s. 85. AKINTÜRK/ATEŞ, s. 418.

kullanabileceği ifade edilmiştir⁴⁶¹. Bununla birlikte, kişinin özgürlüğü ve kişinin korunması arasında bir denge kurulması gerektiği, zira her ne kadar kişinin özgürlüğü ve kendini geliştirmesi önemliyse kişinin korunmasının da bir o kadar önemli olduğu, dolayısıyla her olay açısından ayrı bir değerlendirme yapılarak bu konuda bir denge kurulması gerektiği şeklinde bir görüş de bulunmaktadır⁴⁶².

TMK'nın 16. maddesinin birinci fıkrasına göre, ayırt etme gücüne sahip çocukların kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmalarında kanuni temsilcilerinin rıza göstermeleri gerekli değildir. Bu hakların tasarrufu tamamen sınırlı ehliyetsize aittir⁴⁶³. Ancak kanunda bu hakların neler olduğu belirtilmediğinden ve bunlara dair bir sınıflandırma yapılmadığından, öğretide mutlak anlamda ve nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar şeklinde bir ayırım benimsenmiştir. Mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, bizzat sınırlı ehliyetsiz tarafından kullanılabilir. Nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ise yine sınırlı ehliyetsiz tarafından kullanılmakta ancak kanuni temsilcinin bu hakkın kullanılmasına izin göstermesi veya işleme katılması aranmaktadır⁴⁶⁴.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hakların hangilerinin mutlak hangilerinin nispi olduğuna hâkim tarafından karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin vücut bütünlüğüne yönelik ve kişiyi hayatı boyunca etkileyecek tıbbi müdahalelerde veya dövme gibi bazı kozmetik nitelikli uygulamalarda sınırlı ehliyetsiz olan küçüğün tek

⁴⁶¹ OĞUZMAN/DURAL, s. 293. İstisnaları; nişanlanma, evlenme, tanıma gibi haller olarak örneklendirilmiştir. AKINTÜRK/ATEŞ, s. 418, dipnot 44.

⁴⁶² ÖZTAN, Gerçek Kişiler, s. 210.

⁴⁶³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 107.

⁴⁶⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 107. Mutlak ve nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar şeklinde bir ayırım yapmasa da sınırlı ehliyetsizlerin evlenme, ergin kılınma, evlat edinilme, adın değiştirilmesi gibi bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken yasal temsilcinin de katılması gerektiği yönündeki başka bir görüş için bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 93.

başına rıza göstermesinin yeterli olmayacağı, aynı zamanda kanuni temsilcisinin de rızasının alınması gerektiği, bunun da TMK'nın velayete ilişkin hükümlerinden kaynaklandığı ifade edilmektedir. Ayırt etme gücüne sahip olan sınırlı ehliyetsiz çocuğun tıbbi bir müdahaleyi reddetmesi durumunda ise somut olayda ayırt etme gücüne sahip olmadığı düşünülmüşse de çocuğun rıza göstermediği bir müdahalede veli veya vasinin kararı ile bu müdahalenin yapılabilmesine olanak sağlanıp sağlanamayacağı konusu tartışmalıdır⁴⁶⁵.

TMK'nın 16. maddesinde sınırlı ehliyetsizin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanması düzenlenmekle birlikte, bu nitelikteki bazı hakların kullanımına ilişkin olarak Kanun'da özel düzenlemeler vardır. Bunlar, ergin kılınma, nişanlanma, evlenme, mal rejimi sözleşmesi, tanıma ve evlat edinmedir. Bu hakların kullanımında sınırlı ehliyetsizin irade açıklaması yeterli değildir, aynı zamanda kanuni temsilcinin de rızası aranmaktadır⁴⁶⁶. Bu haklar TMK'da ayrı maddelerde düzenlenmiştir ve sınırlı sayı ilkesi kapsamında kabul edilmelidir⁴⁶⁷. Dolayısıyla bunlar dışında kalan kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar sınırlı ehliyetsizin bizzat kendisi tarafından kullanılabilir. Öğretide de kanuni temsilcinin özel durumlarda rızasının aranmasının bir istisna olarak kabul edilmemesi gerektiği, çünkü işlemin gerçekleşebilmesi için sınırlı ehliyetsizin irade açıklamasının yanında kanuni temsilcinin rızasının arandığı, eğer istisna olsaydı, yalnızca kanuni temsilcinin irade açıklamasının aranması gerekeceği ifade edilmektedir⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği bir kararda, kendisi üzerinde yapılacak ameliyata rıza vermeyen sınırlı ehliyetli bir çocuğun yerine kanuni temsilcisinin rızasıyla ameliyatın gerçekleştirilemeyeceği kabul edilmiştir. Açıklamalar ve karar için bkz. ÖZTAN, Gerçek Kişiler, s. 211.

⁴⁶⁶ KARAKAŞ, s. 45.

⁴⁶⁷ Bu hakların yorum yoluyla genişletilemeyeceğine dair görüş için bkz. KARAKAŞ, s. 46.

⁴⁶⁸ KARAKAŞ, s. 45-46.

Öğretide ayrıca mutlak nitelikteki kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yalnızca hak sahibi olan sınırlı ehliyetsiz çocuk tarafından kullanılabileceği, kanuni temsilcinin bu hakları çocuk adına kullanamayacağı kabul edilmektedir⁴⁶⁹. Tedaviye rıza kişiye sıkı sıkıya bir hak olduğu için sınırlı ehliyetsiz çocuk tarafından bizzat açıklanması gerekmektedir birlikte, tıbbi müdahalenin önemli olması durumunda kanuni temsilcinin de bu rıza beyanına katılması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁷⁰. Ancak burada dikkat edilmesi gereken esas husus, 1219 s. Kanun'un 70. maddesindeki kuraldır. Bu maddede “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.*” denmekle müdahale için ilk iş olarak çocuğun kanuni temsilcisinin onayının alınması gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu madde ile çocuğun kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkı olan tedavi hakkı çerçevesinde tek başına rıza göstermesinin önüne geçilmiştir.

2.2.4.2.4 İlgili Mevzuat

2.2.4.2.4.1 Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair

Kanun

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da rızaya ilişkin hükümlere yer verilmiştir. 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesi “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar.*” şeklinde bir düzenleme

⁴⁶⁹ ÖZTAN, Gerçek Kişiler, s. 211.

⁴⁷⁰ DURAL/ÖĞÜZ, s. 106-107. Tıbbi müdahale talebi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edildiği için, kural olarak çocuğun burada yasal temsilcisinin izni olmaksızın bu hakkı kullanabilir olması gerektiği yönünde bkz. AKYÜZ, s. 120.

içermektedir. Maddenin devamında ise, “*Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)*” ifadesi yer almakla birlikte bu kurala aykırı hareket edenlere idari para cezası verileceğine hükmedilmiştir.

Burada ele alınması gereken husus, veli veya vasinin olmadığı veya bulunmadığı haller ile müdahalenin gerçekleştirileceği kişinin kendini ifade etme gücünün bulunmaması durumunda rızanın bir şart olmadığına dair düzenlemedir. Esasında bu düzenleme Biyotıp sözleşmesinde rızanın esas alınmasına ilişkin kuralla çatışma içerisindedir. Zira Sözleşme’nin 6. maddesinde yer alan “*muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir.*” hükmü gereğince rıza gösterme yeteneği olmayan belli bir yaştaki çocukların doğrudan yararına olmayan müdahalelerin Sözleşme çerçevesinde hukuka aykırı kabul edilmesi gerekecektir. Erkek çocuklarına uygulanan sünnet müdahalesi açısından durum ele alındığında, özellikle de “*üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.*” hükmü çerçevesinde çocuğun rızası bulunmasa da müdahalenin gerçekleştirilmesine izin veren bir niteliğe sahip olması açısından maddenin güncel hukuki gelişmeler doğrultusunda yeniden ele alınması gerektiği kanaatindeyiz.

2.2.4.2.4.2 Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4 ila 6. maddelerinde rızaya ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu maddeler, sterilizasyon, kastrasyon ve gebeliğin sona erdirilmesine ilişkindir⁴⁷¹.

Kanun'un gebeliğin sona erdirilmesiyle ilgili hükümlerinde, gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliyesi yapılacağı ifade edilmiş; izin konusunda gebe kadının, çocuklarda ise çocuğun rızası ve velisinin izni aranmıştır. Veliden izin alınması için zamana ihtiyaç

⁴⁷¹ Kanun'un aynı zamanda, TCK'nın 99. maddesinde yer alan çocuk düşürtme suçundaki rıza açısından da geçerli olacağı, Kanun'da yer alan rıza açıklamalarının ve özellikle ilgili düzenlemeler kapsamında kalan rızanın uygulama alanı bulacağına dair bkz. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 370. "Sterilizasyon ve Kastrasyon" başlıklı 4. maddede, sterilizasyon ameliyatının tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılacağı belirtilmiş, ancak kastrasyona ilişkin olarak ise, bir ameliyatın gerçekleştirilmesi sırasında tıbbi zorunluluk nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon uygulaması yapılabileceği belirtilmiştir. Madde hükmünden, sterilizasyon yani kısırlaştırma uygulamasının rıza koşuluyla gerçekleştirilebileceği ancak tıbbi sakınca halinde rızanın alınmasının şart olmadığı anlaşılmaktadır. Madde metninden, bu durumun yalnızca hastanın rızasının alınmadığı halleri değil, rızası hilafına olan halleri de kapsadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, kastrasyonda hastanın rızasının dikkate alınmaması söz konusu olabilecek ve bu durum istenmeyen sonuçlara yol açabilecektir. Kendi geleceğini belirleme hakkı açısından bu kanundaki rıza hükümlerinin eleştiriye açık olduğu söylenebilecektir. Zira özellikle kastrasyon açısından kişinin geri dönüşüme yeteneğinden yoksun kılınması sonucunu doğuracak bir tıbbi müdahalenin, kişinin rızasına bakılmaksızın gerçekleştirilmesi, kendi geleceğini belirleme hakkını ihlal edici nitelikte olduğu açıktır. Her ne kadar ortada tıbbi bir zorunluluk olsa da madde hükmü sadece kişinin rızasının alınamayacağı hallerde değil, alınabileceği durumlarda dahi rızasına aykırı olarak kastrasyon uygulamasının yapılabilmesine imkan vermektedir. Benzer yönde HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 233. OZANSÜ, Mehmet Cemil: "Kısırlaştırma Suçu", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyum Kitabı, Ankara 2008, s. 1291. KESKİN KIZIROĞLU, Serap: "Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları", MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı: Prof. Dr. Nur CENTEL'e Armağan, 19(2), 2013, s. 169. Sterilizasyon uygulaması, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir parçası olarak kabul edilmiştir. Hukuk, kişilerin tıbbi zorunluluk olmadan da kısırlaştırmayı tercih etmesine izin vermiştir. Rıza hilafına kısırlaştırma TCK'nın 101. maddesine göre suçtur. Bu maddenin varlığı, kişinin çocuk yapma yeteneğinin kaybolmasına yol açacak şekilde yaralanmasının, kasten yaralamanın nitelikli hali olduğu ve dolayısıyla bu hükme gerek olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 229. Suçla korunan hukuksal yarar, kişinin maddi varlığını koruma özgürlüğü ve maddi varlığını geliştirme hakkına dayanan kendi geleceğini belirleme özgürlüğüdür. OZANSÜ, Kısırlaştırma, s. 1285. Bununla birlikte, buradaki rızanın objektif ahlakla ve kamu düzeniyle çelişmemesi gerektiği, yani kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir parçası olan üreme yeteneğinden yoksun kalmaya ilişkin talebinin geri dönüşe izin veren uygulamalarla gerçekleştirilmesi, aksi halde rızanın hukuka uygunluk şartını taşımayacağı, zira kişinin üreme yeteneğinden kalıcı olarak vazgeçmesinin objektif ahlakla çelişeceği ve üreme yeteneğinin Anayasa'nın 12. maddesinde devrolunamaz ve vazgeçilemez bir hak olarak düzenlendiği görüşü için bkz. OZANSÜ, Kısırlaştırma, s. 1289.

duyulduğunda ve derhal müdahale edilmediği takdirde çocuğun hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart olmadığı maddede belirtilmiştir⁴⁷². Buradan yola çıkarak, bu gibi hallerde çocuğun rızasının yeterli olabileceği çıkarımı yapılabilecektir.

Çocuğun evli olması durumunda, eşin rızasının gerekli olduğu da Kanun'un 6. maddesinde ayrıca belirtilmiştir. Elbette ki maddede çocuktan bahsedilmemektedir ancak 18 yaşından küçük çocukların da gebelik durumlarının söz konusu olması nedeniyle bu hükmün evli çocuklar açısından uygulama alanı bulacağını söylemek mümkündür.

2.2.4.2.4.3 Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

Temel hasta haklarını sağlayıcı hükümler içeren Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nde hekim ve diş hekimlerinin uymakla yükümlü oldukları etik kurallar yer almaktadır⁴⁷³. Nizamname'nin 2. maddesinde yer alan, *"Tabip ve diş tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir."* ifadesine göre, hekimlerin insan sağlığına, hayatına ve kişiliğine önem vermenin ve saygılı olmanın görevleri olduğu belirtilmiştir. Nizamname'nin "Meslekdaşların hastaları ile münasebetleri" başlıklı ikinci kısmında yer alan 13. maddesinde; hekimlerin teşhis, tedavi veya korunma amacı olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya vücut direncini azaltacak herhangi bir eylemde bulunamayacağı

⁴⁷² "Gebeliğin sona erdirilmesinde izin:

Madde 6 – 5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.

4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, ... rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir.

Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir."

⁴⁷³ SERT, s. 94.

düzenlenmiştir⁴⁷⁴. Nizamname'nin ilgili maddesi gereğince, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmak suretiyle teşhis, tedavi veya koruma amacı dışındaki tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi yönündeki isteği kabul edilemeyecektir.

2.2.4.2.4.4 Hasta Hakları Yönetmeliği

Uluslararası platformlarda hasta haklarının önem kazanarak tartışılmaya başlanması ve Türkiye'nin bu konuda çeşitli sözleşmeler ve bildirgelere taraf olmasından dolayı, iç hukukta da konuyla ilgili çeşitli düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Bu kapsamda Hasta Hakları Yönetmeliği 1998 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu sayede Türk hukukunda dağınık halde bulunan hasta haklarına ilişkin düzenlemeler tek bir çatı altında toplanmıştır⁴⁷⁵.

Yönetmelikte rıza ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Bunlar, 5/d maddesinde yer alan *“Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.”* hükmü ile 22. maddesinde yer alan *“Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz.”* şeklindeki hükümlerdir⁴⁷⁶. Bu anlamda yönetmelik, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına en detaylı şekilde yer veren düzenleme olarak değerlendirilmiştir.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ “Madde 13 –

Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.

Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır.

Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.”

⁴⁷⁵ SERT, 103-104.

⁴⁷⁶ Yönetmeliğin 5/d maddesi, Amsterdam Bildirgesi'nin kişinin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne saygı ilkesini düzenleyen maddeleri ile benzerlik göstermektedir. SERT, s. 108, dn. 101.

⁴⁷⁷ ERMAN, s. 74. Kendi geleceğini belirlemenin bir hak olarak kabul edilecek olması halinde, bu hakkın kanun veya anayasada değil de yönetmelikte detaylı şekilde düzenlenmesi, eleştirilebilecek bir durumdur.

“Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı” başlıklı 12. maddede *“Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.”* denilerek Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ile paralel şekilde bu amaçların dışında kalan müdahaleler açısından bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Yönetmeliğin 13. maddesinde ötanazi kesin bir şekilde yasaklanmıştır. *“Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez.”* ifadesiyle ötanazinin hiçbir şekilde uygulanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak bu düzenleme, Anayasal bir hak olan yaşam hakkına ilişkin ve bu hakla bağlantılı olan ötanazinin, yönetmelik hükmüyle yasaklanabilir olup olmayacağı açısından normlar hiyerarşisi çerçevesinde tartışılabilir.

Bunun yanında 24. maddede “Hastanın rızası ve izin” başlığı altında çok daha detaylı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının gerekli olduğu net bir şekilde belirtilmiş, hastanın çocuk olması durumunda velisinden veya vasisinden izin alınacağı, velisinin veya vasisinin olmadığı ya da hazır bulunamadığı durumlarda bu şartın aranmayacağı düzenlenmiştir. Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, çocuk hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımının sağlanacağı da ifade edilmiştir. Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesinin TMK’nın 346 ve 487. maddeleri

uyarınca mahkeme kararına bağılı olduğı hüküm altına alınmıştır⁴⁷⁸. Dolayısıyla burada, çocuğun korunmasına yönelik hükümlere atıf yapılmış, çocuğun üstün yararının ön planda tutulması gerektiğı ifade edilmiştir⁴⁷⁹.

Devamındaki 25. maddede ise tedaviyi ret hakkı yer almaktadır. “*Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğı hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.*” Madde bu haliyle hastanın kendisine yapılacak tedaviyi reddetme hakkına sahip olduğunu göstermektedir ancak bunu da “*kanunen zorunlu olan haller dışında*” şeklinde bir şerh düşerek yapmakta, dolayısıyla kişinin kendisine yapılacak müdahaleler açısından kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmak için tedaviyi reddetmesine tam olarak izin vermemektedir.

⁴⁷⁸ TMK’nın 346. maddesi, “Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.”, 487. maddesi ise “Vesayet makamı, görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için gerekli diğer önlemleri de almakla yükümlüdür.” hükümlerini içermektedir.

⁴⁷⁹ 24. maddenin devamında, hastanın rızasını açıklayamayacağı durumlar kaleme alınmış, bu ihtimallerde rızanın alınmasının tıbbi müdahalede bulunmak için bir zorunluluk olmadığına ilişkin kurallara yer verilmiştir.

“Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.

Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağılı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağılı olarak rıza işlemlerine başvurulur.”

2.2.5 Hakkın Sınırları

Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilir. Maddede ayrıca, sınırlandırma yapılırken hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabilmesi de belirtilmiştir. Bu sebeplerden biri, birkaçı veya hepsi gerekçe olarak gösterilebilecek; temel hak ve özgürlüklerin kendine özgü nitelikleri veya özellikleri herhangi bir önem teşkil etmeyecektir⁴⁸⁰.

Bu kapsamda vücut bütünlüğü üzerindeki müdahaleler açısından kendi geleceğini belirleme hakkının Anayasal temeli olan 17. madde değerlendirildiğinde, “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*” ifadesi gereğince kişinin vücut dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı açısından yalnızca tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı hallerin bulunması durumunda sınırlandırmanın mümkün olabileceğini ifade etmek gerekmektedir. Dolayısıyla, bu halleri kişinin vücut bütünlüğü üzerinde sahip olduğu kendi geleceğini belirleme hakkının sınırlandırılması olarak değerlendirmek mümkündür⁴⁸¹. Ancak elbette ki bu haller açısından ayrı ayrı incelenmesi gereken hususlar mevcuttur. Bunlar, nelerin tıbbi zorunluluk hali olarak kabul edilebileceği ve kanunda yazılı hallerin neler olduğudur.

Kendi geleceğini belirleme hakkının mutlak olmadığı öne sürülmüştür. Bu düşünceye göre, yaşam hakkı, sağlık hakkı ve refah hakları ile karşılaştırıldığında, kural

⁴⁸⁰ ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 21. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 111. Temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'nın kendisi tarafından sınırlandırılmasının da mümkün olduğu, bu sınırların hakkın tanımında özel olarak yer aldığı ve Anayasa'nın tanıdığı özgürlük alanını belirlediği yönünde bkz. ÖZBUDUN, s. 112. *Özbudun* bu durumu, 1961 Anayasası'yla kıyaslandığında hem kanunla sınırlama nedenlerinin artırılmış hem de “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kriterinin geliştirilmiş olmasından dolayı eleştirmiştir.

⁴⁸¹ BAĞÇECİ, s. 141.

olarak, kendi geleceğini belirleme hakkı üstün kabul edilmiştir. Ancak haklar arasında bir çatışma doğması halinde, kendi geleceğini belirleme hakkının öncelikli bir şekilde uygulanamayacağı savunulmaktadır. Bu durumda bir değerler karşılaştırması yaparak, hangi hakkın daha fazla zedelenme ihtimali olduğuna bakılması ve buna göre karar verilmesi gerektiği öne sürülmüş; örneğin, sağlığı veya yaşamı ciddi anlamda tehlikeye düşürebilecek bir eylem söz konusu olduğunda kendi geleceğini belirleme hakkının kullanılmasının kısmen de olsa sınırlandırılabilmesi ifade edilmiştir⁴⁸².

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının kullanılması açısından tartışmalı bir alan ise kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edemediği haklardır. Yaşam hakkı, vücut bütünlüğü gibi hakları içeren bu alana ilişkin olarak kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının kullanıp kullanamayacağıyla ilgili olarak iradeci görüşü savunanlar, kişinin kendisinin bu haklar üzerinde doğrudan tasarrufta bulunabileceğini ancak üçüncü bir kişinin bu hak üzerinde gerçekleştireceği eylemlerin sınırlandırılabilmesini öne sürmektedirler. Bu düşünce, kişinin kendi vücudu üzerindeki eylemlerinin hukukun alanı dışında kaldığını, ancak üçüncü kişilerin kişinin vücudu üzerinde yapacağı eylemlerde hukukun devreye gireceğini kabul etmektedir⁴⁸³.

Erman'a göre, toplumu ilgilendiren durumlarda, bireylere kamusal nitelikte bir müdahale gerçekleştirilmesi haklı bir gerekçe olarak kabul edilebilecektir. Anayasa'nın

⁴⁸² KAUFMANN, Arthur: "Die eigenmächtige Heilbehandlung", ZStW 73, 1961, s. 362'den aktaran ERMAN, s. 61. Kendi geleceğini belirleme hakkının kişiye ayrıca bir sorumluluk da yüklediği, kişinin kendi geleceği hakkında karar vererek yaşamı veya sağlığı hakkında tüm sorumluluğu üstlenmekte olduğu kabul edilmektedir. VOLL, Doris: Die Einwilligung im Arztrecht, Frankfurt am Main, 1996, s. 54'ten aktaran ERMAN, s. 61. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının sınırlarının bulunduğu, yaşam hakkı üzerinde kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının olmadığı örneğin kişinin başka bir kişiden intiharına yardım etmesini istemesinin mümkün olmayacağına dair görüş için bkz. YAVUZ / ERLÜLE / TOPUZ, s. 8.

⁴⁸³ ESER, Albin: "Medizin und Strafrecht: Eine Schutzgutorientierte Problemübersicht", ZStW 97, 1985'ten aktaran ERMAN, s. 62-63.

13. maddesine dayanılarak, toplum çıkarını ve genel sağığı ilgilendiren konularda gereken önlemleri alabilmek için devletin, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmasını kanun çerçevesinde ve Anayasa’da yer alan ölçölülük ile demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama koşulları içerisinde kısıtlayabileceğı ve gerektiğı takdirde tıbbi müdahalede bulunabileceğı ifade edilmiştir⁴⁸⁴.

Ancak burada dikkate alınması gereken başka bir husus daha vardır ki, o da Anayasa’nın 15. maddesidir. Anayasa’nın 15. maddesine göre, “*Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlölükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiğı ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörölen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.*” Buradan anlaşılması gereken, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının sınırlandırılmasında milletlerarası hukuktan doğan yükümlölüklerin ihlal edilemeyeceğidir. Maddenin ikinci fıkrasına göre de “*Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, ... kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütönlüğüne dokunulamaz...*” denmektedir. Burada da kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, savaş, seferberlik, olağanüstü hallerde dahi yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığın bütönlüğüne dokunulamayacağına ilişkin düzenleme çerçevesinde bu hakların dokunulamayacak veya sınırlandırılmayacak niteliğe sahip olduğı kabul edilmelidir⁴⁸⁵.

Tıbbi müdahalelerde iradeye önem atfeden görüş, hastanın birden fazla temel hakkının bulunduğı ve bunların kendi içinde çatışabileceğini öne sürmüş; kendi geleceğı

⁴⁸⁴ ERMAN, s. 72, 73.

⁴⁸⁵ Özbudun olağanüstü hallerle ilgili bu düzenleme hakkında, “*Olağanüstü durumlarda bile temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının tamamen veya kısmen durdurulmasına ancak ‘durumun gerektirdiğı ölçüde’ izin verildiğıine göre, bunun normal zamanlarda evleviyetle geçerli olması gerekir.*” yorumunu yapmıştır. ÖZBUDUN, s. 114.

üzerinde karar verme hakkı, vücut bütünlüğü ve sağlık hakkının hastanın temel hukuksal değerleri olduğunu belirtmiştir⁴⁸⁶. İradeci görüşü savunanların, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının temel haklardan ayrılamayacağını ve kişiyi kendine karşı koruyan sosyal devlet anlayışının da bu açıdan müdahalede bulunamayacağını öne sürdüğü, zira sosyal devlet ilkesinin kişilere haklarını özgürce kullanabilmelerini de koruma altına alması gerektiğinden aksi bir düşüncenin özgürlükleri kısıtlayıcı sonuçlar doğuracağını savunduğu ifade edilmiştir⁴⁸⁷.

Bir başka önemli husus, hastanın sahip olduğu hakların kendi içinde çatışmasıdır. Bu çatışma özellikle kendi geleceğini belirleme hakkı ile yaşam hakkı veya vücut bütünlüğü gibi haklar açısından ortaya çıkmaktadır. Burada kişinin kendi vücudu üzerinde gerçekleştireceği müdahaleler veya tedaviyi reddetme hakkı açısından kendi geleceğini belirleme hakkının ön planda olacağı savunulurken, bu müdahalelerin hekim veya üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda kesin bir hukuka uygunluktan bahsedilemeyeceği öne sürülmüştür. Kişinin vazgeçemeyeceği kabul edilen hakları açısından böyle bir durum söz konusu olduğunda, tıbbi müdahalenin diğer şartlarının bulunması gerektiği, aksi halde müdahaleyi gerçekleştiren hekimin ceza

⁴⁸⁶ KOCH, Hans-Georg: “Rechtfertigung und Entschuldigung bei medizinischer Tätigkeit – ein Kommentar aus deutscher Sicht” in: Rechtfertigung und Entschuldigung IV (Haz. Albin Eser/Haruo Nishihara), Ostasiatisch-deutsches Strafrechtskolloquium, Tokio 1993, s. 218-219’dan aktaran ERMAN, s. 57. Tıbbi müdahalelerde hastanın iradesinin eylemin hukuka uygunluğunu sağlamasının her zaman mağdurun rızası olarak adlandırılmayacağı, bazı tıbbi müdahalelerde rızanın alınamaması söz konusu olabileceğinden ve bu gibi durumlarda eylem hukuka uygunluk alanı dışında kalabileceğinden, hastanın iradesinin söz konusu olduğu durumlar “iradeci görüş” olarak adlandırılmıştır. ERMAN, s. 57.

⁴⁸⁷ STERNBERG-LIEBEN, Detlev: Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 1997, s. 37-38’den aktaran ERMAN, s. 59.

sorumluluğunu doğuracak sonuçların ortaya çıkmasının mümkün olduğu savunulmaktadır⁴⁸⁸.

Kanaatimizce kişinin vücut bütünlüğü üzerinde kendi geleceğini belirleme hakkının sınırlarının çizilmesi ancak Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan sınırlama nedenleri ile mümkün kabul edilmelidir. Bunlar, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hallerdir. Ayrıca Anayasa'nın 13. maddesinde de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin düzenleme yapılmış, burada da *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir...”* denerek vücut bütünlüğüne ilişkin müdahalelere benzer şekilde sınırlamanın kanunla yapılabileceği öngörülmüştür. Bununla birlikte, gözden kaçırılmaması gereken nokta şudur ki, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre, *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”*. Dolayısıyla, kendi geleceğini belirleme hakkının temelini Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan *“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”* hükmünde yer aldığı düşünüldüğünde, bunun bir temel hak olarak kabul edildiği söylenebilecektir. Bu çerçevede, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkıyla ve dolaylı olarak kendi geleceğini belirleme hakkına kanunla bir sınırlama getirilmesi halinde, eğer bu hakkı düzenleyen hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu bir uluslararası sözleşme varsa, sözleşme hükümlerinin öncelikli olarak

⁴⁸⁸ ERMAN, s. 73, 74. Yazar burada durumu bir örnek üzerinden anlatmış, kendisinin silahla vurulmasını isteyen bir kişi ile tıbbi olarak kabul edilmeyen bir müdahale yapılmasını isteyen kişinin isteğini yerine getiren kişi arasında ortaya çıkacak ceza sorumluluğu sonucu açısından bir fark olmadığını belirtmiştir.

uygulanması gerekliliği de gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle tedaviyi reddetme veya hastanın rızası konularında uluslararası sözleşmelerde yer alan hükümlerin Türkiye için bağlayıcı olduğu hususuna dikkat edilmelidir.



3. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE ÇOCUĞUN VÜCUDU ÜZERİNDE GERÇEKLEŞTİRİLEBİLECEK ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI TIBBİ MÜDAHALELER

3.1 Tıbbi Müdahale Kavramı

3.1.1 Genel Olarak

Yaşam hakkı, sağlık hakkı ve vücut bütünlüğü, kişinin sahip olduğu önemli maddi ve manevi değerlerdendir. Bu haklar ve değerler Anayasa, TCK ve ilgili diğer mevzuat hükümleri ile koruma altındadır. Kişinin sahip olduğu bu hak ve değerlerin bir kısmı üzerinde tasarrufta bulunmasına hukuken izin verilmiş, bazılarına ise izin verilmediği öne sürülmüştür. Vücut bütünlüğüne karşı yapılan müdahalelerdeki izin diğer başka şartların da mevcudiyeti halinde özel hukuk ve ceza hukuku anlamında hukuka uygun kabul edilebilecektir⁴⁸⁹.

3.1.2 Tıbbi Müdahalenin Tanımı

Türk hukuk mevzuatında tıbbi müdahale kavramı çeşitli şekillerde yer almıştır⁴⁹⁰. Bazı hukuki düzenlemelerde ise doğrudan tıbbi müdahale kavramı tanımlanmıştır.

⁴⁸⁹ YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 23-24. Tüm bu şartlar, çalışmanın ilerleyen kısımlarında ayrıca ele alınacaktır.

⁴⁹⁰ Örneğin TCK'nın kasten yaralamayı düzenleyen 86. maddesinin 2. fıkrasında “*Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde...*” şeklindeki düzenlemeyle suçun nitelikli halinin ifade edilmesinde bir kavram olarak kullanılmıştır. Yine TCK'nın İnsan üzerinde deney başlıklı 90. maddesinin 4. fıkrasında deney şartlarından bahsedilirken “*...bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez.*” şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. 1219 sayılı Tabâbet ve Şu'abatı San'atlarının Tarz-ı İcrâsına Dâir Kânun'un 3. maddesinde de Türk Silahlı Kuvvetleri personeli açısından “*...sağlık personeli yokluğunda, sağlık hizmetine ulaşmaya kadar acil tıbbi müdahaleleri yapmaya yetkilidir.*” şeklindeki ibarede ve Ebelerle ilgili 51. maddede “*Normal doğum sırasında gereken küçük tıbbi müdahaleleri yapar. Küçük tıbbi müdahalelerin kapsam ve sınırları Bakanlıkça belirlenir.*” şeklindeki düzenlemelerle tıbbi müdahale kavramlarına atıf yapılmıştır.

Bunlar; Hasta Hakları Yönetmeliği ile Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'tir. Kanun düzeyinde tıbbi müdahale kavramının tanımı yapıldığı bir kaynak ise mevcut değildir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde tıbbi müdahalenin tanımı yapılmıştır. Buna göre, *“Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim”* tıbbi müdahale olarak tanımlanmıştır⁴⁹¹.

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in 3. maddesine göre müdahale; *“Tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemleri”* ifade etmektedir. Burada her ne kadar kavram tıbbi müdahale olarak adlandırılmasa da söz konusu şartlardan tıbbi müdahalenin kastedildiği anlaşılmaktadır. Maddede ayrıca cerrahi müdahale olarak ayrı bir tanımlama yapılmış, bunun da *“Tıbbî aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonları”* ifade ettiği belirtilmiştir⁴⁹².

Tıbbi müdahale öğretide de farklı şekillerde tanımlanmıştır. Hatta müdahalenin şartları kimi yazarlar tarafından çeşitlilik arz edecek şekilde ele alınmıştır. Kavramı tababet olarak kullanan Bayraktar'a göre, *“... hastalıkları veya sakatlıkları önleme, tedavi etme veya hafifletme amacını güden ve hastalıklar bilimine, patolojiye ve tabii bilimlerin verilerine dayanılarak yapılan bilimsel ve teknik fiilleri kapsayan uygulama”*

⁴⁹¹ Hasta Hakları Yönetmeliği Madde 4/g. RG. T. 01.08.1998 S. 23420.

⁴⁹² Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik Madde 3. RG. T. 01.06.2005 S. 25832.

olarak ifade edilmiştir⁴⁹³. Yenerer Çakmut’a göre, “...kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek veya bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir.”⁴⁹⁴. Ayan’a göre, “Tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti...” kapsayan işlemler olarak tanımlanmıştır⁴⁹⁵. Badur’a göre, “Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından, kişinin sağlık refahının sağlanması, korunması veya artırılması amaçlarına yönelmiş, tıp biliminin kural ve standartlarına uygun olarak ve tıbbın sınırları içinde uygulanan, fiziki ve ruhi tüm tıbbi hareketleri, özellikle önleyici bakımı, teşhisi, tedaviyi, rehabilitasyonu, raporlamayı veya bu kapsamdaki incelemeleri kapsayacak genişlikte...” işlemlerdir⁴⁹⁶.

Görüldüğü üzere, tıbbi müdahalenin tam tanımı hakkında öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak genel itibarıyla; her türlü hastalığın önlenmesi, teşhis ve tedavisi ya da tedavisi mümkün olmayan hastalıkların rahat geçirilmesini sağlamak için yetkili kişiler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kuralları ve hukuki düzenlemeler ışığında, hastanın bilgilendirilmiş rızası çerçevesinde gerçekleştirilen tıbbi işlemler, tıbbi müdahale olarak tanımlanabilir.

⁴⁹³ BAYRAKTAR, s. 24.

⁴⁹⁴ YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 24.

⁴⁹⁵ AYAN, s. 5.

⁴⁹⁶ BADUR, Emel: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 28.

3.1.3 Tıbbi Müdahalenin Hukuki Niteliği

Türk hukukunda hekimin tıbbi müdahalesi, bir kısım yazarlarca yaralama eylemi olarak kabul edilmektedir⁴⁹⁷. Zira hekimin yaptığı ameliyat, ilaç tedavisi, ışın tedavisi, psikoterapi gibi müdahaleler, kişinin vücut bütünlüğüne doğrudan saldırı niteliğindedir. Ancak bu görüş, tıbbi müdahalenin yalnızca fiziksel yönünü ele alıp ruh sağlığına yönelik müdahaleleri ihmal etmektedir. Bu tür müdahalelerde hekimin tedavisi fiziksel değil, ilaç tedavileri dışında sözlü olarak gerçekleşmektedir. Dolayısıyla her tıbbi müdahale kategorik olarak yaralama eylemi olarak kabul edilmemelidir. Bunun yanında, tıbbi müdahalelerin yaralama suç tipi kapsamında olup olmadığının bir kısım yazarlarca tartışılması da söz konusudur⁴⁹⁸.

Bazı müdahalelerin her ne kadar rızayla hukuka uygun hale gelseler de tıbbi nitelik taşımadıkları ifade edilmiştir. Örneğin; saç kesme, kulak deldirme, piercing, dövme yaptıрма gibi⁴⁹⁹. Gerçekten de burada tıbbi nitelikli ve tıbbi müdahalenin tanımına uygun bir fiil söz konusu değildir. Kişinin vücut bütünlüğüne müdahale niteliğindeki eylemler olmalarına karşın, örneğin teşhis ve tedavi amacı taşımamaları bile bunların tıbbi müdahale olarak adlandırılmamaları için yeterlidir.

⁴⁹⁷ GÜRELLİ, Nevzat: “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 45(1-4), 1981, s. 267. HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 19. Tıbbi müdahalelerin tipik fiil olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. ERMAN, s. 47. Alman hukuku ve Alman yargı kararlarında da, eylemin niteliğine bakılmaksızın yani tedavi amacı taşıyıp taşımadığı önemli olmaksızın, tıbbi müdahalenin yaralama fiilini oluşturduğu, zira suçun kanuni tanımındaki unsurları taşıdığı yönündeki görüşler için bkz. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 106. İngiliz, Fransız, İtalyan, Norveç, Bulgar ve Slovenya hukuk düzenlerinde de tıbbi müdahalenin ceza hukuku anlamında yaralama olarak değerlendirildiği bilgisi hakkında bkz. HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 19. Hukuka aykırılık unsuru haricinde yaralama suçuna ilişkin unsurların hekimin tıbbi müdahalelerinde bulunduğu yönünde bkz. BAYRATKAR, s. 105.

⁴⁹⁸ YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 105 vd. EKİCİ ŞAHİN, s. 293. ERMAN, s. 27-28.

⁴⁹⁹ BADUR, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, s. 22.

Alman öğretisindeki hâkim görüşe göre, önemli olan tıbbi müdahalenin sonucudur. Sonuca ulaşmak amacıyla gerçekleştirilen hareketler tek başına değerlendirilmemeli, kişinin sağlığına ulaşması için yapılan vücuda zarar verici nitelikteki tıbbi müdahalelerin yaralama olarak kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Hastanın rızası olmasa da bu tür tıbbi müdahalelerin yaralama suçunu oluşturmayacağını öne süren görüş, bu davranışı “kişi özgürlüğüne yönelik bir suç” olarak kendi geleceğini belirleme hakkını ihlal eden bir davranış olarak kabul etmektedir. Kasten yaralama suçunun oluşması için hastanın mutlaka zarara uğraması gerektiği, hekimin iyileştirme amacıyla hareket ettiği, hekimin bu eyleminin bir bütün olarak ve amacına uygun şekilde değerlendirilmesi gerektiği, tıbbi müdahalede vücudun yaralanması amacı değil, korunması amacının bulunduğu gerekçeleriyle hekimin davranışının tipiklik unsurunu taşımadığı ifade edilmektedir⁵⁰⁰.

Bir başka görüş, tıbbi müdahalenin kurallara uygun olarak yapılıp yapılmamasına göre hekime bir sorumluluk atfedilebileceğini öne sürmektedir. Tıbbi müdahalenin sonucunun başarılı olup olmadığına göre bir değerlendirme yapan yazarlara göre; hastayı iyileştiren bir müdahale söz konusuysa, bu müdahale yaralama olmayacaktır. Tıbbi müdahalenin sonucu başarısız olsa da hastanın rızası bulunacağından fiil yine hukuka uygun kabul edilebilecektir⁵⁰¹. İyileştirme amaçlı bir müdahalede yaralama kastı olmadığından, kasten yaralama suçunun söz konusu olmayacağını öne süren görüş, taksirin söz konusu olma ihtimalinde de rızaya dayanmaktadır. Müdahale hekimin yerine

⁵⁰⁰ HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 20-21.

⁵⁰¹ Bu görüş, tıbbi müdahalenin başarısızlıkla sonuçlanmasında mağdurun iyileşmesi söz konusu olamayacağından ve fiziksel bütünlüğü zarar görmüş olacağından dolayı tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun rıza ile mümkün olabileceğiyle açıklamaktadır. Dolayısıyla aslında, tıbbi müdahalelerde rızanın hukuka uygunluk açısından önemi burada da karşımıza çıkmaktadır.

getirmesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun şekilde gerçekleştiriliyor ve buna rağmen olumsuz bir sonuç ortaya çıkıyorsa, bu durumda taksirle yaralama suçunun da söz konusu olmayacağı savunulmuştur⁵⁰².

Hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalenin sonucu ne olursa olsun bir yaralama fiilini içerdiği ve zarar verici nitelikte olup davranışın tipik olduğu muhakkaktır. Özek'e göre, müdahaleden ortaya çıkacak sonuca göre hekimin fiilini nitelendirmek, neticeyi ve dolayısıyla ceza sorumluluğunu tesadüflere bırakmak anlamına gelmektedir. Bu düşünceye göre, hukuki neticeler tesadüflere bağlanamaz⁵⁰³. Özel bir suç tipi olarak kabul edilmediği sürece, hekimin gerçekleştirdiği her türlü faaliyet yaralama suçunu oluşturacaktır⁵⁰⁴. Kanaatimizce hekimin, vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleştirdiği her müdahale tipikliğin şartlarını taşımakta ve kasten yaralama niteliğine sahiptir. Çünkü hekim kasten hareket etmekte, bilerek ve isteyerek hastanın vücut bütünlüğünü ihlal etmektedir. Hekimin müdahalesi sonucunda birçok farklı suçun ortaya çıkması elbette mümkündür. Ancak burada kastedilen, hekimin tıbbi müdahale amacıyla gerçekleştirdiği eylemlerin yaralama suçu kapsamında kabul edilmesidir.

3.1.4 Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları

Bir kimsenin vücuduna tıbbi müdahalede bulunan hekimin cezalandırılmamasının nedeni, ceza hukuku açısından önemli bir yer teşkil etmektedir. Dolayısıyla burada

⁵⁰² YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 109. HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 22. Diğer bir görüş ise, hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirdiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre fiil sözleşme kapsamında kaldığı için hukuka aykırı olmayacak ve sonuçta suç olarak da kabul edilemeyecektir. Bununla birlikte, tıbbi müdahalenin gerçekleşmesi esnasında fiilin meslek kurallarına aykırı gerçekleşmesi söz konusu olursa, suç gerçekleşecektir. BAYRAKTAR, s. 68-69. Bu çalışmanın konusu ceza hukuku kapsamında olduğundan, sözleşme itibarıyla hukuka uygunluk şartı için bu kadarıyla yetinilecektir.

⁵⁰³ ÖZEK, Çetin: "Hekim ve Hukuk Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları", İstanbul Tıp Fakültesi Mecmuası, 28, 1963, s. 447.

⁵⁰⁴ HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 23.

çözüme kavuşturulması gereken mesele, hekimin müdahalesinin hangi şartlar altında hukuka uygun olduğu veya hukuka uygunluğunun kaynağının ne olduğudur.

Öğretide tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun rıza temelli olduğu geniş ölçüde kabul görse de bunun yanında tıbbi müdahalede yaralama suçunun unsurlarının oluşmadığı, tipikliğin veya maddi unsurun gerçekleşmediği, fiilin çeşitli başka nedenlerle hukuka uygun olduğu gibi görüşler ileri sürülmüştür⁵⁰⁵. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu maddi unsura dayandıran görüşe göre, hekim başlangıçta hastanın zararına bir müdahale gerçekleştiriyor olsa da hastanın iyileşmesi ve zararın ortadan kalkmasıyla maddi unsur söz konusu olmayacaktır. Ancak bu görüş de yalnızca tıbbi müdahalenin başarılı olması durumunda ortada suç olmayacağını, müdahalenin başarısız olması ihtimalinde maddi unsurun gerçekleşerek hekimin sorumlu tutulabileceğinden dolayı eleştirilmiştir⁵⁰⁶.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu manevi unsurun yokluğuna dayandıran görüşte iki ayrı düşünce vardır. Bunlardan birincisi, kastın bulunmadığını savunurken, diğeri ise tıbbi müdahalelerin niteliği gereği taksire imkân vermediği, diğeri bir deyişle izin verilen risk kapsamında kabul edileceği görüşleridir⁵⁰⁷. Kastın bulunmadığı görüşüne göre, tıbbi müdahalede hekimin hareketi kasten gerçekleştirmesi yeterli olmayıp ayrıca zarar verme iradesinin mevcudiyeti gerekir. Neticeyi istememesi yani zarar verme düşüncesinin bulunmamasından, hatta tam tersine iyileştirme, şifa verme amacı

⁵⁰⁵ Görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. BAYRAKTAR, s. 65 vd. HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 20. Soyaslan, tıbbi müdahalelerin kanunda yazılı olmayan bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu ifade etmekte, yalnızca ilgilinin rızasıyla değil, aynı zamanda hastanın iyileştirilmesi amacıyla da müdahalenin gerçekleştiği vurgulamaktadır. SOYASLAN, Ceza Genel, s. 363. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu rıza dışında temellendiren bazı görüşler bulunmaktadır. Bunlar; izin verilen risk, hakkın kullanılması, kanun hükmünün icrası ve zaruret halidir. Bu konulara ayrıca “3.1.4.4 Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunu Rıza Dışında Açıklayan Görüşler” başlığı altında değinilecektir.

⁵⁰⁶ BAYRAKTAR, s. 70. HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 23.

⁵⁰⁷ BAYRAKTAR, s. 98.

gütmesinden dolayı manevi unsur eksiktir ve hekim cezalandırılmaz. Hekimin fiili iradidir ancak kasti değildir⁵⁰⁸. Bu görüş kast ve saikin birbirine karıştırıldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Saik suçun ortaya çıkmasında, özel bazı suç tipleri dışında, kanunun özellikle vurgu yapmadığı konular haricinde dikkate alınmaz. Ayrıca iyileştirme amacı olmayan estetik müdahaleler ve organ nakli gibi eylemler açısından da kastın varlığını kabul etmek gerekeceği düşüncesiyle de çelişki içerdiği vurgulanmıştır⁵⁰⁹. Örneğin; hastasının bacağına kesen hekim, hastasının vücut bütünlüğünü ihlal ettiğinin bilincindedir ve davranışını buna göre yönlendirip isteyerek eylemini gerçekleştirir. Kast da tam olarak bu örnekteki bilme ve isteme unsurlarının toplamıdır⁵¹⁰. Kanaatimizce önemli olan, tıbbi müdahalelerde hekimin müdahaleyi, kasten yaralama suçunda bulunan unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesidir. Hekim her ne kadar iyileştirme saikiyle davranırsa da netice itibarıyla hastanın yaralanmasına sebep olacak davranışı bilerek ve hastanın vücut bütünlüğünü zarara uğratmayı isteyerek gerçekleştirmektedir. Elbette ki bu zarar, hastanın lehine bir davranışı ifade etmektedir ancak iyileştirmek için de öncelikle vücut bütünlüğüne zarar verilmesi şarttır. Dolayısıyla manevi unsurun yokluğundan bahsedilemez.

Almanya’da *Wein* ve *Mezger* tarafından ortaya atılan “üstün yarar görüşü”ne göre ise, tıbbi müdahalelerde çatışan iki yarar vardır. Bunlardan biri hastaya, diğeri ise topluma aittir. Zorunlu tıbbi müdahaleler haricinde kişisel yararın ön planda tutulması gereklidir.

⁵⁰⁸ DÖNMEZER/ERMAN, s. 280. BAYRAKTAR, s. 98-99.

⁵⁰⁹ Ayrıca, estetik müdahalelerin ve organ nakillerinin bu düşünceye göre mutlak surette suç sayılması gerekeceği, zira bu müdahalelerde iyileştirme amacının bulunmadığı, doktorun amacının iyileştirme olmadığı konusundaki görüş için bkz. ÖZEK, s. 447.

⁵¹⁰ DÖNMEZER/ERMAN, s. 281. Aynı yönde GÜRELLİ, s. 267. *Dönmezer/Erman*’a göre, hekimin cezalandırılması manevi unsuruna göre değil, hakkın icrasının sınırlarının aşılması durumunda söz konusu olabilecektir. Zira yazarlar tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu, hakkın icrası ile açıklamaktadırlar. İleride bu konuya detaylıca değinilecektir.

Dolayısıyla hasta, kendisine yapılacak müdahaleyi onaylamadığı yani rıza göstermediği sürece kendisine herhangi bir müdahalede bulunulamayacaktır. Bu açıdan ilgilinin rızası, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için temel sebeptir. Toplum yararı söz konusu olduğunda ise kişisel yarar bir tarafa bırakılacak ve rıza bulunmasa da müdahale gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla toplum yararı üstün yarar olarak kabul edilerek bireyin rızası dikkate alınmayacaktır. Bu görüş, ölçütün kesinlikten uzak olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵¹¹. Kanaatimizce hangi zamanlarda toplum yararının olduğu, hangi zamanlarda ise bireyin kişisel yararının ön plana alınması gerektiği konusundaki ölçüt, objektif değildir. Zira kimi yazarlar tarafından ileri sürülen, kişinin vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf yetkisinin sınırsız olmadığı, özellikle de vatan, toplum, aile gibi kişinin sorumluluklarının ve yükümlülüklerinin bulunduğu ve bu yükümlülüklerini yerine getiremeyecek ölçüde vücudunda yapılacak müdahalelere izin veremeyeceği⁵¹² yönündeki düşünceler de dikkate alındığında kanaatimizce bu sınırın çizilmesi daha da zorlaşacaktır.

Tıpta kabul edilen “kim iyileştiriyorsa haklıdır” ilkesinin, özerklik ilkesi ve kendi geleceğini belirleme hakkının önem kazanması nedeniyle günümüzde artık geçerliliğini yitirdiği ifade edilmiştir. Salt iyileştirme amacının tek başına tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için tek unsur olmadığı ve bireylerin toplumun geneliyle ters düşme ihtimali olsa da kararlarının yani iradesinin dikkate alınması gerektiği, bu durumun doktorun da sınırını oluşturduğu savunulmuştur.⁵¹³ Kişinin vücut bütünlüğü hem medeni hukuk hem

⁵¹¹ *Wein ve Mezger*’in görüşlerini WEIN, Das Prinzip des überwiegenden Interesses und die Straflosigkeit des Heileingriffes, Leipzig 1908, s. 22’den MANZINI, Vincenzo: Trattato di Diritto Penale Italiano, II, Torino 1950, s. 352 aracılığıyla ve MEZGER, Edmund: Diritto Penale, Padova 1935, s. 261-262’den aktaran ve eleştiriyi de yine MANZINI, s. 352’den aktaran DÖNMEZER / ERMAN, s. 281.

⁵¹² DÖNMEZER/ERMAN, s. 314.

⁵¹³ TAG, Brigitte: “Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik” (Çev. Yener ÜNVER), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 2006, s. 193-194.

de ceza hukukunda korunan bir değer olduğundan, kişilerin vücudu üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için bazı şartların aranması bir zorunluluktur.

Hasta Hakları Yönetmeliği'ne göre, tıbbi müdahaleden bahsedilmesi için gerekli şartlar; tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirme, sağlığı koruma ve hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler de standartlara uygun niteliğe sahip olma ve tıp kurallarının sınırları içerisinde gerçekleştirilmenin bulunmasıdır⁵¹⁴.

Öğretide de tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için bulunması gereken şartlar konusunda farklı görüşler ortaya atılmıştır. Ağırlıklı görüşe göre, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olarak kabul edilmesi için temel olarak aranan dört şart bulunmaktadır. Bunlar; müdahalenin kanunlarda öngörölmüş amaçlara uygun olması, müdahaleyi yapanın tıp mesleğini kanunen icra etmeye yetkili olması, müdahalenin tıbben genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olarak gerçekleştirilmesi ve ilgilinin rızasıdır⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği. RG. T. 01.08.1998, S. 23420.

“Tanımlar

Madde 4-Bu Yönetmelik'te geçen deyimlerden;

...

g) “Tıbbi müdahale: Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlölükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi...”

...

ifade eder.”

⁵¹⁵ *Hakeri*'ye göre tıbbi müdahalenin dört şartı bulunmaktadır. *Hakeri*, tıp biliminin verilerine uygun tıbbi müdahale gerçekleştirilmesi gerekliliğini de tıbbi müdahalenin bir şartı olarak saymakta, fakat bunun da aslında endikasyonla birleşerek sonucu şartın “*tıp biliminin verilerine göre gerekli ve bu verilere uygun tıbbi müdahale*” olduğunu kabul ederek bu şekilde bir sayma yöntemini tercih etmektedir. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 260. *Hakeri*'ye göre, endikasyon bulunmadığı takdirde tüm tıbbi müdahaleler hukuka aykırıdır. Endikasyonsuz müdahalelerin de zaman zaman hukuka uygun kabul edilebileceğini savunan yazar, sosyal ve psikolojik endikasyon kavramlarını da bu kapsamda yeterli kabul ederek sınırları genişletmektedir. HAKERİ, Tıp Hukuku C.I, s. 542, 546. Bayraktar estetik müdahalelerden örnek vererek, tıbbi

3.1.4.1 Müdahalenin Kanunlarda Öngörölmüş Amaçlara Uygun Olması

Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz...*”. Buradan da anlaşılacağı üzere, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulabilmesinin tek istisnası, tıbben zorunlu durumlar ve kanunda yazılı olan hallerin mevcudiyetidir⁵¹⁶. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesi, “*Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi*

endikasyonun bulunmadığı durumlarda hekimin hakkını icra etmekte olduğunu ifade etmiş ve bu şekilde, müdahalenin hukuka uygun olduğunu öne sürmüştür. Bu müdahalelerin aynı zamanda psikolojik açıdan tedavi edici niteliğinin olduğu düşüncesi de ifade edilmiştir. Bkz. BAYRAKTAR, s. 165-166. Bayraktar'ın estetik müdahalelerdeki psikolojik tedavi edici niteliği vurgulaması, esasen Hakeri tarafından da kabul edilen psikolojik endikasyon türünü benimsediğini göstermektedir. Dolayısıyla bu düşünceye göre, burada tam olarak bir endikasyon yokluğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Estetik müdahalelerde tedavi, koruma ve acı dindirme amaçlarının bulunmadığı ve bu tür müdahaleleri Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin açıkça hukuka aykırı kabul ettiğinden dolayı, esasen bu müdahalelerin hukuka aykırı olması gerektiği görüşü için bkz. GÜRELLİ, s. 272. Yazar aynı zamanda estetik müdahalelere ilişkin yasal bir düzenleme getirildiği takdirde müdahalenin hukuka uygun hale geleceğini ifade etmiştir. GÜRELLİ, s. 272. Ayan farklı bir ayrıma giderek ilk olarak tıbbi müdahalenin unsurlarından bahsetmiş, ardından tıbbi müdahaleleri çeşitli sınıflara ayırmıştır. Bu ayrımlardan biri olan “*geleneksel tıbbi müdahaleler*” ve “*yeni tıbbi müdahaleler*” ayrımına göre, geleneksel tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için gerekli olan iki şart bulunmaktadır. Bunlar; hastanın (veya kanuni temsilcisinin) rızasının alınmış olması ve tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü kurallara uyulmasıdır. AYAN, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Kitap Ticaret A. Ş., Ankara 1991, s. 10. Ayan ayrıca tıbbi müdahalelerin unsurlarını da iki açıdan ele almıştır. Bunlardan birincisi “*müdahalenin bir hekim tarafından gerçekleştirilmiş olması*”, ikincisi ise “*doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olmak*”tır. AYAN, s. 5. Yazar bu ayrımı şu şekilde açıklamıştır: “*Tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından yapılmak ve tedavi (iyileştirme) amacına yönelik olmak da genellikle tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları başlığı altında incelenir. Ancak, bu iki şartı tıbbi müdahalenin ayırıcı unsurları olarak ele aldığımız için burada yeniden incelemeye gerek görmüyoruz. Zira, hukuka uygunluğu veya hukuka aykırılığı söz konusu olan şey de zaten bu unsurları bünyesinde taşıyan bir eylemdir.*” AYAN, s. 11, dn. 21. Özgenç, “*Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğuna ilişkin kriterler*” adı altında bazı durumları ele almıştır ve bu kapsamda kabul ettiği şartları şu şekilde ifade etmiştir: Kişinin aydınlatılmış rızasının (onamının) bulunması, müdahalenin teşhis ve tedavi amacını taşıması, müdahalenin tıp mesleğini icraya yetkili olan bir kişi tarafından yapılması, müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmesidir. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 380-391. Deryal ise tıbbi müdahalenin şartlarını temel olarak iki başlık altında açıklamıştır. Bunlar; müdahalenin tedavi amacının bulunmasıyla birlikte tıp bilimi kurallarına uygun yapılması ve hastanın rızasıdır. Yazar ayrıca rızayı tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu açısından esaslı bir unsur olarak değerlendirmiştir. DERYAL, Yahya: Sağlık Hukuku Problemleri, Seçkin Yayıncılık, 2012, Ankara, s. 23. Rıza dışında kalan şartları ise detaylandırıp uzman bir doktor tarafından, tedavi amacıyla ve tıp biliminin gereklerine uygun olarak yapılması gerekliliklerini kabul etmiştir. Bunun yanında yazar, tedavi amacı şartının TMK'nın 24. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.*” hükmü gereğince, “*daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar*” kavramıyla değiştirilebileceğini öne sürmüştür. DERYAL, s. 23.

⁵¹⁶ Çocuk düşürtme suçunun düzenlendiği, TCK'nın 99. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*tıbbi zorunluluk...*” ifadesinin endikasyonu ifade ettiği görüşü için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku C.I, s. 535.

olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.” ifadesiyle tıbbi müdahalenin ancak teşhis, tedavi veya korunma amaçlı olarak yapılabileceğini öngörmüştür. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 5. maddesinde ise Anayasa’nın 17. maddesini tekrarlanmış, “Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı” başlıklı 12. maddesinde de Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 13. maddesinin 3. fıkrası tekrarlanarak *“Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.”* denmiş ve tıbbi müdahalenin ancak teşhis, tedavi veya korunma maksatlı olarak yapılabilceğini düzenlemiştir.

Teşhis kavramı, cerrahi nitelik taşımayan ve dolayısıyla hastanın vücut bütünlüğünü doğrudan fiziksel olarak ihlal etmeyecek şekilde gerçekleştirilen yöntemler olarak ifade edilmiştir. Örneğin hekimin hastası için gerekli olabilecek tedavi yöntemini belirleyebilmesi için hastayı muayene etmek, röntgen çekmek, çeşitli tahlillerin yapılmasını sağlamak amacıyla gerçekleştirdiği eylemler teşhis olarak adlandırılmıştır⁵¹⁷.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulları arasında kabul edilen, müdahalenin doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olması şartına göre, müdahalenin tıbbi nitelikte olabilmesi için tedavi amacını taşıması gerekmektedir. Örneğin, organ nakillerinde verici bakımından bir tedavi amacı yoktur. Benzer şekilde, yapay dölleme, cinsiyet değişiklikleri gibi uygulamalarda da doğrudan tedavi amacı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu müdahaleler hukuka aykırı sayılmamakta, dolaylı olarak tedavi

⁵¹⁷ AYAN, s. 35.

amacına hizmet ettikleri ve bu kapsamda tıbbi müdahaleye ilişkin koşullara tabi kılınmaları gerektiği kabul edilerek hukuka uygun olacağı ifade edilmektedir⁵¹⁸.

Estetik müdahaleler, organ bağışlayan kişi açısından organ bağışları, teşhis amaçlı genetik müdahaleler, kan bağı, sterilizasyon, rahim tahliyesi gibi tıbbi zorunluluk olmadan da çeşitli tıbbi müdahalelerin günümüzde sıklıkla yapıldığı bilinmektedir. Dolayısıyla artık tıbbi müdahalelerdeki salt tedavi amacının dışına çıkmış ve bu gibi tıbbi müdahaleler açısından, tıbbi zorunluluk olmasa dahi hukuka uygunluğun bulunduğu öne sürülmüştür⁵¹⁹.

Günümüzde iyileştirme amacına yönelik olmayan çok çeşitli müdahaleler bulunmaktadır. Bu gibi müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için özel düzenlemeler yapılmaktadır⁵²⁰. Tedavi amacına yönelik olmayıp deneysel ve deneme niteliğindeki tıbbi müdahaleler, estetik ameliyatlar, cinsiyet değişikliklerine yönelik müdahaleler, sterilizasyon, rahim tahliyesi veya diğer doğum kontrol müdahaleleri gibi uygulamalarda doğrudan tedavi amacının bulunduğunu söylemek her zaman mümkün değildir⁵²¹.

⁵¹⁸ Ayan'a göre estetik müdahaleler, organ nakilleri, cinsiyet değişiklikleri, yapay dölleme, tedavi amacına yönelik araştırma faaliyetlerinin hukuka uygun kabul edilmesindeki neden, her ne kadar doğrudan bir tedavi amacı söz konusu olmasa da "dolaylı tedavi amacı"nın bulunmasıdır. Bunun bir sonucu olarak da bahsi geçen müdahalelerin bir tıbbi müdahale olarak kabul edilmesi ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarına sahip olması gerektiği ifade edilmiştir: AYAN, s. 9. Ancak yazar, "dolaylı tedavi amacı"ndan ne anlaşılması gerektiğini açıklamamıştır.

⁵¹⁹ Bu tür müdahalelerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için yasal düzenleme bulunması gerekliliğine dair bkz. GÜRELLİ, s. 275.

⁵²⁰ ERMAN, s. 200.

⁵²¹ Tıbbi müdahalenin şartları arasında endikasyonun da bulunduğunu savunan görüşe göre; estetik müdahalelerde kişinin vücudunda bulunan bazı görünüm bozukluklarını düzeltme amacını gütmesinde psikolojik-tıbbi açıdan endikasyonun, cinsiyet değişikliklerinde ise psikolojik endikasyonun bulunduğu öne sürülmektedir. Bu görüş için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku C.I, s. 544. Estetik ameliyatların sağlık kazandırıcı niteliğinin bulunduğu görüşü için bkz. ÖZSUNAY, s. 100. Örneğin Fransız Yargıtayı, tıbbi müdahalelerde tedavi amacını temel olarak ele almış ve bu amacın bulunmaması halinde eylemin vücut bütünlüğüne karşı kasten bir müdahale niteliğinde olduğu, dolayısıyla hukuka aykırı olmakla birlikte suç teşkil edebileceğine yönelik kararlar vermiştir. ÇETİNKAYA, M. Buhari: Türk ve Fransız Ceza Hukukunda Kanunun Hükmünü Yerine Getirme, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 120-121.

Benzer şekilde, doğum kontrol amacıyla yapılan müdahalelerde doğrudan tedavi, teşhis veya hastalıktan korunma amacı güdülmese de Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 1. ve 2. maddelerinde yer alan hükümler bu uygulamaları da hukuka uygun hale getirmektedir. Bunun yanında kan verme, organ nakli gibi üçüncü kişiler yararına yapılan tıbbi müdahalelerde de nakledilen kişiler açısından doğrudan bir tedavi amacı bulunmasa da bu gibi hallerde ilgilinin rızası müdahalelerin hukuka uygun olması için yeterli kabul edilmiştir. Ayrıca bu gibi hallerle ilgili kanuni düzenlemeler de bulunduğu için hukuka uygunluk şartı sağlanmış olacaktır. Kan ve organ nakli, rahim tahliyesi, deney ve deneme, sterilizasyon gibi tıbbi uygulamalar hakkında, bu uygulamaların hangi şartlar dahilinde yapılması gerektiği kanunen düzenlenmiştir⁵²².

Gürelli'ye göre tedavi, koruma ve acı dindirme amaçları dışında gerçekleşen ve hakkında kanuni bir düzenleme yapılmamış olan her türlü tıbbi müdahale hukuka aykırı kabul edilmelidir. Hatta yazar, *"Bu gibi hallerde cerrahın bistürisi ile bir şeririn bıçağı arasında fark kalmamakta ve cerrahi müdahale suç teşkil etmektedir."*⁵²³ ifadesiyle çok keskin bir şekilde bu amaçların mevcudiyetinin olmazsa olmaz olduğunu dile getirmiştir.

Çilingiroğlu organ nakillerinden örnek vererek, bu tür müdahalelerde yaşayan verici açısından bir tedavi amacının dolayısıyla da tıbbi zorunluluğun bulunmadığını, ancak başka bir kişinin iyileştirilmesi şeklindeki üstün bir amaçla hareket edilmesi nedeniyle müdahalenin tıbbi zorunluluk olmadan da ilgili kanuni düzenlemeler çerçevesinde hukuka uygun olabileceğini savunmuştur⁵²⁴. Bununla birlikte yazar, tıbbi

⁵²² HAKERİ, Tıp Hukuku C.I, s. 545-547.

⁵²³ GÜRELLİ, s. 275.

⁵²⁴ ÇİLİNGİROĞLU, s. 21-22. *Çilingiroğlu* açıklama yaparken endikasyon kavramını kullanmıştır. Organ nakillerinin hukuka uygunluğunun zorunluluk hali kapsamında kabul edilebileceğine dair görüş için bkz. GÜRELLİ, s. 275.

müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından birisi olarak müdahalenin “*kişinin yaşamını, sağlığını, cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel veya ruhsal anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik olması*” gerekliliğini belirtmiş ve bu şartlardan en az birinin bulunmasının müdahaleyi tıbbi niteliğe büründürceğini ifade etmiştir. Bu düşünceye göre, çocuk sahibi olmak istemeyen bir kişiye sterilizasyon uygulanması veya bir kadının gebeliğine son verilmesi şeklindeki müdahaleler nüfus planlaması amacını taşımakta olduğundan, konuyu düzenleyen kanunların da bulunması nedeniyle tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarını taşıdığı öne sürülmüştür⁵²⁵.

Erman’a göre, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun sağlanabilmesi için mutlaka tedavi amacının bulunması gerekmez, zira tedavi amacının bulunmaması, ilgili uygulamanın tıp mesleği çerçevesinde gerçekleştirildiği gerçeğini değiştirmemektedir ve ayrıca kişilik hakları açısından da herhangi bir olumsuz durum yaratmamaktadır. Bu nedenle, bu görüşe göre, tıbbi zorunluluğun bulunmaması müdahalenin kategorik olarak hukuka aykırı olduğu sonucunu doğurmaz⁵²⁶.

Kanaatimizce, Anayasa’nın 17. maddesi bu açıdan belirleyici bir nokta olarak kabul edilebilir. Madde, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı durumların haricinde kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla, bu iki şartın bir arada bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda, teşhis, tedavi ve koruma

⁵²⁵ ÇİLİNGİROĞLU, s. 19. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 37-38. Ayrıca Yenerer Çakmut’a göre, gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılması, hakkın kullanılması çerçevesinde de hukuka uygun kabul edilebilecektir. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 37. Bu kapsamda, sterilizasyon uygulaması da hakkın kullanılması olarak kabul edilebilir.

⁵²⁶ ERMAN, s. 203.

amacıyla gerçekleştirilen müdahaleler açısından, diğer şartların da varlığıyla, hukuka uygunluğun sağlandığı söylenebilecektir.

3.1.4.2 Müdahaleyi Yapanın Tıp Mesleğini Kanunen İcra Etmeye Yetkili Olması

Tıbbi müdahalelerde müdahaleyi yapanın tıp mesleğini kanunen icra etmeye yetkili olması konusunda da ilgili şartın hukuka uygunluğunun temellendirilmesi konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, tıbbi müdahalelerde, müdahaleyi gerçekleştiren kişinin yaptığı eylemin hukuka uygunluk gerekçelerinden biri de kendisine verilen sübjektif bir hakkı kullanıyor olmasıdır. Çünkü tıp mesleği, kişilere bazı yetkiler ve haklar vermiştir ve bu kişilerin sahip oldukları bu hakkı kullanmaları da eylemi hukuka uygun hale getirecektir⁵²⁷.

Tıbbi müdahalelerin nitelikleri gereği kişilerin vücutları üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabilme ihtimali bulunduğundan, bu yetki esas olarak tıp mesleğini kanunen icra etmeye yetkili kişiler tarafından kullanılabilir. Burada amaç hem kişinin hem de toplumun korunmasıdır. Zira tıbbi müdahaleler son derece ciddi ve uzmanlık gerektiren uygulamalardır. Hatta hastanın hekim veya sağlık personeli dışındaki bir kişiye kendisine tıbbi müdahale yapmasına yetki vermesi durumunda dahi, bu yetkinin geçersiz olacağını savunan görüşler mevcuttur⁵²⁸. Bununla birlikte, istisnai durumlarda, acil ve ilk yardım gerektiren hallerde müdahalenin tıp mesleğini kanunen icra etmeye yetkili olmayan kişiler tarafından gerçekleştirilebileceğine dair bazı düzenlemelerde istisnalar

⁵²⁷ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 349.

⁵²⁸ HAKERİ, Tıp Hukuku Cilt I, s. 261. Bu durumun hakkın icrası kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 537.

getirilmiştir⁵²⁹. Fakat özel olarak uzmanlığı gerektiren müdahalelerin uzman olmayan sağlık çalışanları veya hekimler tarafından gerçekleştirilmesinin dahi müdahalenin hukuka aykırı olmasına yol açacağı da ifade edilmiştir⁵³⁰. Elbette bazı tıbbi müdahalelerin hekim olmayan kişiler tarafından da gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu tip müdahaleler; hemşire ve ebelerin yetki alanı çerçevesinde kalmaktadır ve 1219 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinde bu kişiler ayrıca tıbbi müdahale konusunda yetkilendirilmişlerdir⁵³¹.

3.1.4.3 İlgilinin Rızası

Tıbbi müdahalelerin şartlarından biri olan ilgilinin rızası konusunda çocuğun rızasının ayrıca ele alınması gerekmektedir. Öncelikle rızanın tıbbi müdahalelerdeki yerini tespit etmek ve sonrasında ise çocuğun rızasının bu tür müdahaleler açısından hukuka uygunluk açısından özellik arz eden noktaların tartışılması önem teşkil etmektedir.

Tıbbi müdahalelerde rızanın bulunması, müdahalenin hukuka uygunluk şartlarındandır. Dolayısıyla müdahalede bulunulan kişinin ilgili eyleme rıza göstermesi durumunda diğer şartların da varlığı halinde, ortada hukuka uygun bir eylem mevcut

⁵²⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku Cilt I, s. 261. Bu gibi durumların zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebileceği düşüncesine dair bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 537-538. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 389. TCK'nın bazı hükümlerinde de müdahaleyi yapan kişinin sağlık çalışanı olmaması durumu tipik fiilin gerçekleşmesi nedenlerinden kabul edilmiştir. Örneğin TCK'nın 101. maddesinde düzenlenen kısırlaştırma suçunun ikinci fıkrasında “*rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi*” şeklindeki düzenlemeyle işlemin mutlaka yetkili olan bir sağlık çalışanınca yapılması gerektiği, aksi durumda rıza gösterilmiş olsa bile fiilin suç olmaktan çıkmayacağı ifade edilmiştir. HAKERİ, Tıp Hukuku Cilt I, s. 261.

⁵³⁰ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 389.

⁵³¹ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 389. 1219 sayılı Kanun'un 47 ila 57. maddeleri arasında ebelere, 63 ila 68. maddeleri arasında hastabakıcı hemşirelere ilişkin hükümler yer almaktadır.

“Madde 51 – (Değişik birinci fıkra:21/2/2024-7496/3 md.) Ebeler, gebelik, doğum ve doğum sonrası dönemde gerekli desteği verir; yenidoğana ve bebeğe bakım sağlar. Normal doğum ve riskli durumlarda tıbbi bakım ve desteğe erişimin sağlanmasında, kadın sağlığının korunması, üreme sağlığı ve çocuk bakımı konularında aile ve topluma verilecek danışmanlık ve eğitim hizmetlerinde görev alır.

(Ek ikinci fıkra:21/2/2024-7496/3 md.) Gebeliğin tespitini, gebe izlemine ve bu amaçla gerekli muayene ve değerlendirmeleri yapar. Normal doğum eylemini gerçekleştirir. Normal doğum sırasında gereken küçük tıbbi müdahaleleri yapar. Küçük tıbbi müdahalelerin kapsam ve sınırları Bakanlıkça belirlenir.”

olacaktır. Rızanın olmaması durumunda, hekim tıbbi müdahaleyi gerçekleştirse ve başarılı bir sonuca ulaşsa dahi eylem hukuka aykırı olacak ve suç teşkil edecektir. Ancak tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için yalnızca rızanın her zaman yeterli olmayabileceği ifade edilmektedir⁵³². Örneğin hastanın bilincinin kapalı olması veya iradesini özgürce aktarabilme yeteneğine sahip olmaması halinde mutlak şekilde rızanın mevcudiyetini aramak yerine ikincil nitelikte bir hukuka uygunluk nedenini kabul etmek gerektiği düşünülmüştür. Bu tür hukuka uygunluk nedenleri varsayılan rıza, zorunluluk hali, kanunun emri gibi çok çeşitli şekillerde uygulanabilecektir. Bu gibi durumlar için genel olarak kabul edilen düşünce, varsayılan rıza kuralıdır⁵³³. Zorunluluk halinin müdahaleyi uygun hale getireceğini savunanlar ise, bu tür durumlarda rızanın mutlak bir şart olmadığını, ancak diğer durumlarda rızanın bulunmaması halinde müdahalenin hukuka aykırı kabul edileceğini ifade etmişler ve mağdurun rızası ile zorunluluk halinin birbiriyle kaynaşmış durumda olduğunu öne sürmüşlerdir⁵³⁴.

Rızanın başka bir boyutu ise tıbbi müdahalelerde hekimin, hastanın verdiği rızayla sınırlı olmasıdır. Buna göre hekim, hastanın verdiği rızanın dışındaki bir durum için, eğer ikincil nitelikteki hukuka uygunluk nedenleri de olayda mevcut değilse, bir müdahalede bulunamaz. Bu görüşü savunanlar, hastanın kendi vücudu üzerinde uygulanacak

⁵³² DÖNMEZER/ERMAN, s. 282. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları arasında endikasyonun da bulunduğunu öne süren *Hakeri*'ye göre, endikasyonsuz bir müdahale kesin bir şekilde hukuka aykırı olacaktır. Etiğe ve adaba uygun dahi olsa, bu tür müdahalelerde rıza tek başına yeterli kabul edilemez ve hiçbir zaman endikasyon şartının yerine geçemez, ancak ek bir şart olarak aranmalıdır. Endikasyon dışı tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kabul edilmesi için ise mutlaka konuyla ilgili kanuni bir düzenlemenin bulunması gereklidir. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku Cilt I, s. 543, 546.

⁵³³ Bu düşünceler için bkz. ERMAN, s. 65-66. Ayrıca kişinin rıza açıklamasında bulunabileceği bir durumda olmaması halinde rızanın varlığının araştırılmasına gerek olmadığı ve müdahalenin doğrudan yapılabileceği, hatta yapılması gerektiği ve bu müdahalenin görevin yerine getirilmesi kapsamında hukuka uygun olacağı hakkında bkz. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 385. Varsayılan rıza konusuylla ilgili açıklamalar için bu çalışmadaki “2.2.3.2.2.3.2 Rızanın Açıklanması” başlığına bakılabilir.

⁵³⁴ Bu düşünceler için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 283.

müdahalelerin şekline ve sonuçlarına ilişkin olarak önceden aydınlatılmış olması gerektiğini ve bu bağlamda rızayı oluşturan düşüncesinin iradi bir şekilde verilmiş olması gerektiğini de belirtmektedirler⁵³⁵.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu rızaya dayandıranlar, aynı zamanda kendi geleceğini belirleme hakkının kullanılmasında iradeci görüşü savunmaktadırlar. Müdahalelerin gerçekleşmesi esnasında mağdurun rızasının bulunmaması durumunda ortada hukuka aykırı bir eylemin olduğu kabul edilmekte ve hekimin de bu durumda fiilinden dolayı kasten ya da taksirle sorumlu olacağı savunulmaktadır⁵³⁶. Dolayısıyla, bir kişinin rızası olmadan üzerinde yapılan müdahaleler, iyi bir amaca yönelik olsa dahi hukuka aykırı olacaktır ve kişinin kendisine yapılacak müdahalelere izin verip vermemesi konusunda da tam bir özgürlüğe sahip olduğu söylenebilecektir⁵³⁷. Bu düşünce, kişinin kendi vücudu üzerindeki tasarruf hakkını kamu düzeni açısından hukuka uygun bulmaktayken, başka bir düşünce hukuka uygunluğu kişinin özerkliğine dayandırmaktadır. Bu görüşe göre ise, tıbbi müdahalelerde kişinin rızasına önem verilmemesi durumunda kişi üzerinde bir baskı kurulmuş olacak ve bu baskı da kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına bir müdahale teşkil edecektir. Kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilecek olan müdahaleler vücut bütünlüğü ve sağlığına doğrudan bir

⁵³⁵ Bu görüşler için bkz. ERMAN, s. 66. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de konuya ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Yönetmeliğin 31. maddesinde, gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin hastanın gösterdiği rızanın sınırları dışına çıkmayacağı hükmü bulunmaktadır.

"Rızanın Kapsamı ve Aranmayacağı Haller"

Madde 31- (Başlığı ile birlikte değişik:RG-8/5/2014-28994)

Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.

Hastanın verdiği rıza, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar.

Tıbbi müdahale, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerekir.

...

⁵³⁶ DÖNMEZER/ERMAN, s. 282. ERMAN, s. 64.

⁵³⁷ BELGESAY, s. 62-64.

müdahale olduğundan ve bu müdahalelerin olumsuz sonuçlar ya da tehlikeler doğurabilmesi de her zaman mümkün bulunduğundan, konuya ilişkin karar kişinin kendisine bırakılmalıdır. Hekim burada bir karar vermemelidir. Kişi bu konuda rıza gösterirken yapılacak müdahalenin olası sonuçları ve riskleri hakkında aydınlatılmalı, rızasını serbest iradesini kullanarak açıklamalıdır⁵³⁸.

İradeci görüşleri eleştirenler, kişinin yaşamı ve sağlık hakkının kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı bir hak olduğunu ve bu nedenle rızanın geçersiz kabul edilmesi gerekebileceğini öne sürmüşlerdir. Bu görüşe göre kişinin yaşamı ve sağlığı, tüm toplumu ilgilendirmektedir ve kişiler kendi vücutları hakkında dahi olsa bu denli serbest bir şekilde karar veremezler. Ayrıca, kişinin vücudunun bir eşya olmaması nedeniyle mülkiyet hakkı çerçevesinde bir tasarrufun söz konusu olamayacağı savunulmuştur. Örneğin kişinin sağlığı, hayatı gibi konularda tasarrufta bulunamayacağı, çünkü sağlıklı olmanın yalnızca kişinin kendisine ait bir durum olmadığı ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, kişinin sağlıklı olması tüm toplum için gerekli ve değerlidir. İradeci görüşü eleştiren başka bir düşünceye göre, hasta rıza gösterdiği anda iradesini tam olarak yansıtamamış olabilir. Özellikle tıbbi müdahale gerektiren hallerde, içinde bulunduğu manevi durum nedeniyle kişi iradesini serbestçe gösteremeyebilir. Ayrıca hasta tam olarak aydınlatılamamış olabilir. Başka bir görüşe göre ise, iyileştirme amacı güdülmeyen tıbbi müdahalelerde rızanın hukuka uygunluğu sağlamayacağı, çünkü kişinin kendi vücudu üzerinde iyileştirme amacı dışında tasarrufta bulunamayacağı ve bu nedenle

⁵³⁸ Bu görüşler için bkz. BAYRAKTAR, s. 79-80.

organ nakilleri, kozmetik müdahaleler gibi eylemlerde rızanın geçerli olmayacağı öne sürülmektedir⁵³⁹.

Ancak irade görüşünü savunanlara göre, iyileştirme niteliği olmasa da yapılan her tıbbi müdahalenin geçerli olabilmesi için rıza yeterli kabul edilmelidir. Hatta tipe uygun eylemin niteliği konusunda bir tartışma da olmayacağından, rızanın genel kurallarının uygulanmasında bir sorun ortaya çıkmayacağı savunulmaktadır⁵⁴⁰.

Bununla birlikte, hastanın rızasının olmadığı ve tıbbi zorunluluk olarak adlandırılan bazı durumlarda rıza bulunmasa da tıbbi müdahalenin yapılabileceği ifade edilmiştir. Bu durumda farklı ihtimaller çerçevesinde müdahalenin hukuka uygun kabul edileceği belirtilmiştir. Bilinci kapalı olan ve acil tıbbi müdahalenin gerektiği haller ile rızayla başlayan bir ameliyat esnasında beklenmeyen bir olumsuzluğun ortaya çıkması halinde tıbbi müdahalenin gerekmesi bu ihtimaller kapsamında kabul edilmiştir⁵⁴¹.

Hasta açısından bu rızanın geçerli olabilmesinin şartları vardır. Bunlar; hastanın müdahale konusunda aydınlatılması ve iradesini serbest bir şekilde açıklamasıdır⁵⁴². Bu çerçevede, hastanın teşhis ve tedavi konusunda yeterince bilgilendirilmemiş olması halinde, rıza olsa bile tıbbi müdahale hukuka uygun olmayacaktır. Bu durumdaki rıza,

⁵³⁹ Bu görüşler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. BAYRAKTAR, s. 80-84. DÖNMEZER/ERMAN, s. 283.

⁵⁴⁰ ERMAN, s. 67, 68.

⁵⁴¹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 47 vd. Burada tartışılacak noktalardan biri, hastanın bilincini kaybetmesinin kendi iradesinden kaynaklanmasıdır. Örneğin, intihar eden bir kişinin hastaneye getirilmesi durumunda veya ölüm tehlikesi geçirdiği halde üzerinde hayata döndürülmeyi reddeden bir yazının bulunduğu hastaya müdahale yapılması noktasında rıza hilafına hekimlerin müdahale etmesi gerekecek midir? Kanaatimizce bu durumda hastaya müdahale edilmemesi gerekli ve önceden açıkladığı beyanına saygı gösterilmesi gerekmektedir.

⁵⁴² BAYRAKTAR, s. 80. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 370.

hukuken geçersizdir⁵⁴³. Hastanın aydınlatılmış rızasının alınması şartının, kişi özerkliği ve kendi geleceğini belirleme hakkının sonuçlarından biri olduğu ifade edilmiştir⁵⁴⁴.

3.1.4.4 Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunu Rıza Dışında Açıklayan Görüşler

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olduğu görüşünü savunanlar; eylemin tipik ve kusurlu olduğunu kabul etmekle birlikte müdahalenin çeşitli nedenlerle hukuka uygun kabul edilmesinden dolayı cezalandırılmaması gerektiğini öne sürerler. Türk öğretisinde bu konuyla ilgili genel olarak savunulan görüşler “izin veirlen risk”, “hakkın kullanılması”, “kanun hükmünün icrası”, “zaruret hali” ve “kendi geleceğini belirleme hakkı”dır⁵⁴⁵.

3.1.4.4.1 İzin Verilen Risk

Toplumsal yararlar nedeniyle tolerans gösterilen riskler olarak kısaca tanımlanabilecek “izin verilen risk” kavramı, *Binding*’in “*izin verilen riskin genel bir hukuka uygunluk sebebi olduğu*” düşüncesiyle öğretide kendine kaynak bulmaktadır⁵⁴⁶. Kavram çeşitli kategorilere ayrılmış, tıbbi müdahaleler ise “*izin verilen risk ve mağdurun rızasının birlikte uygulanmasıyla çözülen olaylar*” kapsamında değerlendirilerek sorunun çözümünde izin verilen riskle birlikte mağdurun rızasının da önemli olduğu ve ikisinin birlikte ele alınması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁴⁷.

⁵⁴³ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 381.

⁵⁴⁴ TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sağlık Hakkı, s. 112.

⁵⁴⁵ GÜRELLİ, s. 267. BAYRAKTAR, s. 78 vd. DÖNMEZER/ERMAN, s. 79 vd. HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 24. AKBULUT, s. 639.

⁵⁴⁶ ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 10-12. *Binding*’in bu ifadesini KIENAPFEL, Diethelm: Das erlaubte Risiko im Strafrecht, Frankfurt am Main 1966, s. 9’dan aktaran ÜNVER, s. 12.

⁵⁴⁷ MECKEL, Fritz: Die strafrechtliche Haftung für riskante Verhaltensweisen, Wiesbaden 1968, s. 128 vd.’den aktaran ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 20.

Görünüşte tehlikeli olsalar da bazı fiillerin hukuka aykırı olmadığı düşüncesiyle açıklanabilecek olan “izin verilen risk” kavramında, fiiller ve ortaya çıkacak neticeler ceza kanunu açısından tipik bir suç olsa bile, bunların hukuka uygun kabul edilmesinin söz konusu olacağı ifade edilmiştir⁵⁴⁸. Ayrıca üstün yarar ilkesinin de kaynağı olarak görülen bu kavram çerçevesinde bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekle birlikte failin ortaya çıkması muhtemel ve öngörülebilir riskleri en aza indirme çabasının olması gerektiği belirtilmiştir. Örneğin; kurtarma faaliyetlerinde tamamen hareketsiz kalmanın tehlikeyi daha da artıracığının kabul edildiği durumlar izin verilen riskin uygulama alanı çerçevesinde kabul edilmiştir⁵⁴⁹. Bunun yanında, izin verilen risk kavramının hukuka uygunluktan ziyade, fiilin objektif isnadiyetini ortadan kaldıran bir neden olduğu öne sürülmüştür⁵⁵⁰. Ancak izin verilen risk teorisinin tıbbi müdahalelerde ilgilinin rızasıyla birlikte açıklanması, teorisinin tek başına bu konuda yeterli olmadığını göstermektedir.

3.1.4.4.2 Hakkın Kullanılması

Tıbbi müdahalelerde söz konusu olan haklar yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, sağlık hakkı, kendi geleceğini belirleme ve tedaviyi ret hakkı gibi önemli haklardır. Bunun yanında ise, tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimin mesleğini icra etme hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla hekimin mesleğini icra etme hakkı, aşağıda da ifade edildiği gibi, öğretide kimi yazarlarca hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde tıbbi müdahaleler açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak savunulmuştur.

⁵⁴⁸ ÖNDER, s. 261. İzin verilen riski bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmeyen görüş için bkz. AKBULUT, s. 382.

⁵⁴⁹ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 302.

⁵⁵⁰ ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 360. İzin verilen riski bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmeyen görüş için bkz. AKBULUT, s. 382.

Bir görüşe göre; tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu, hakkın kullanılması çerçevesinde açıklanabilir⁵⁵¹. Kanunların verdiği haklar ve yetkiler çerçevesinde, tıp meslek veya sanatını yerine getirmek, bir tıp fakültesinden diploma almak ve Tabip Odalarına kayıtlı olmak şartlarını taşıyan hekimlerin, tıbbi müdahale esnasında, kendilerine kanunlar tarafından verilen hakkı kullandığı kabul edilmektedir⁵⁵². Dolayısıyla, hakkın kullanılması gerekçesiyle hekimin cerrahi müdahalesinin kasten yaralama suçunu oluşturmayacağı öne sürülmektedir⁵⁵³.

Ancak bu görüşü savunanlar, bu konuda da bir ayrım yapmakta, hekimin müdahalesinin tedavi amacına yönelmesi veya başka amaçlarının olması ihtimallerine göre farklı sonuçlara ulaşmaktadırlar. Eğer hekimin müdahaledeki amacı tedavi ise, bu durumda hekimin hakkını kullandığı, hatta mesleki ve hukuki bir görevi icra ettiği, hastanın rızasının tıbbi müdahaleler açısından bir rolü olmadığını ve hastanın düşüncesinin ikinci planda kaldığını ifade etmektedirler⁵⁵⁴. Zira genel sağlık için tehlikeli veya zararlı durumlarda ya da hastanın rıza göstermesinin mümkün olmadığı hallerde, rıza olmaksızın müdahalede bulunan hekimin hukuka uygun davrandığı savunulmaktadır. Gerekçe olarak ise 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesinde yer alan "*Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir*

⁵⁵¹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 286. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 536. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 292. ERSOY, Yüksel: "Tıbbî Hatanın Hukukî ve Cezaî Sonuçları", TBB Dergisi, (53), 2004, s. 170.

⁵⁵² BAYRAKTAR, s. 96. DÖNMEZER/ERMAN, s. 286. Aynı yönde ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 536-537. Tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olmayan kişilerin yapacağı müdahalelerde, bu hukuka uygunluk sebebi geçerli olmayacak ve dolayısıyla yapılan müdahale hukuka aykırı olacaktır. Ancak diğer hukuka uygunluk sebepleri ve hatta zorunluluk hali varsa, bu durumda yetkili olmayan kişilerin müdahalelerinin hukuka uygunluğu tartışılabilir. DÖNMEZER/ERMAN, s. 286.

⁵⁵³ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 292.

⁵⁵⁴ DÖNMEZER/ERMAN, s. 286-287. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 292. Ayrıca eğer hastanın tedavi edilmesiyle sağlanacak yarar, tedavi edilmemesiyle ortaya çıkacak zarardan daha fazlaysa, bu durumda da hastanın iradesinin ikinci plana atılarak tedavisinin önceliklenmesi gerektiği; iki değer eşit olması halinde ise tedavi hakkında aydınlatılmış olmak şartıyla hastanın rızası doğrultusunda müdahalenin gerçekleştirilebileceği savunulmuştur. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 292.

olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.” hükmünden tedavi amaçlı müdahalelerde rızaya dayanılmadığı sonucunun çıkarıldığı belirtilmiştir⁵⁵⁵. Bununla birlikte, hekim bilimsel bir deney amacıyla hareket ediyorsa, aydınlatılmış rıza çerçevesinde ve uluslararası belgelerde öngörülen etik koşullar ile diğer şartlara uygun gerçekleştirilen bilimsel amaçlı deneyler haricinde, hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Bu durum, hakkın kullanılmasının sübjektif sınırı olarak adlandırılmıştır⁵⁵⁶.

Hekimin tıp mesleğinin gerektirdiği dikkat ve özene aykırı davranması ise hakkın objektif sınırı olarak tanımlanmış, bu gibi durumlarda hekimin taksire dayanan sorumluluğunun söz konusu olabileceği, bunun hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edeceği ve müdahaleyi hukuka aykırı hale getireceği belirtilmiştir⁵⁵⁷. İyileştirme amacı olmayan estetik müdahaleler veya kan, doku, organ nakilleri açısından da müdahalenin hukuka uygunluğunu mesleğin icrasıyla açıklayan yazarlar; bu tür müdahalelere hukukta ve tıp biliminde izin verildiği, dolayısıyla hekimin bu uygulamalarda mesleğini icra ettiği gerekçesiyle hukuka uygun hareket ettiğini öne sürmüşlerdir. Buradaki farklılık ise rızanın mutlak olarak aranmaması konusunda ortaya çıkmaktadır. Yazarlar rızayı ayrıca değerlendirmişler, rıza olmaksızın veya rızanın aşılması ile gerçekleştirilen

⁵⁵⁵ DÖNMEZER/ERMAN, s. 286-287. Rıza açıklama yeteneğine sahip bir hastanın rızasının mevcudiyetinin, hakkın doğmasının temelini oluşturduğu ifade edilmiştir. Zira eğer hasta tedaviyi reddediyorsa veya belirli bir hekime tedavi olmak istiyorsa zor kullanarak bu hastanın tedavi edilmesi, özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuracaktır. Bu görüş, rızanın bir kez verilmesini hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin ortaya çıkabilmesi için yeterli görmekte, aynı zamanda tıbbi müdahale esnasında ortaya çıkabilecek başka müdahale gerektiren durumlarda hastanın rızasını almaya ihtiyaç olmadığını savunmaktadır. DÖNMEZER/ERMAN, s. 287.

⁵⁵⁶ BELGESAY, s. 62. DÖNMEZER/ERMAN, s. 287-288. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 292.

⁵⁵⁷ DÖNMEZER/ERMAN, s. 287-288.

müdahalelerin hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle hukuka uygun olmadığı savunulmuştur⁵⁵⁸.

TCK'nın 26. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen bu hukuka uygunluk sebebine göre; *"Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez."* Bu kapsamda, kanun tarafından yetkilendirilmiş hekimlerin tıp mesleğini icra etmesi esnasında bir faaliyette bulunuyorsa, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilecektir⁵⁵⁹. Ayrıca, mağdurun rızasının her zaman için tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olmasını sağlayamayabileceği, çünkü rızanın alınmasının mümkün olmadığı hallerde veya estetik

⁵⁵⁸ DÖNMEZER/ERMAN, s. 288. Yazarlar, estetik müdahalelerde de hukuka uygunluk nedeni olarak yine rızayı değil, hakkın kullanılmasını kabul etmektedirler. Ancak rızanın bulunmaması durumunda, hekimin hakkın kullanılması sınırlarını aşacağını ve hareketlerini hukuka aykırı hale getireceğini savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, tıp biliminde izin verilmeyen işlemler açısından hastanın rızası olsa bile bu rıza geçersiz kabul edilecektir, çünkü kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olabilecek bu tür müdahalelerdeki rızanın hukuki bir değeri olmayacağı ifade edilmiştir. DÖNMEZER/ERMAN, s. 288-289. Tedavi amacı dışındaki müdahaleler açısından ise farklı bir görüşü benimseyenlere göre; Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrası yani tıbbi zorunluluk durumunu da ele almış, tıbbi zorunluluk dışındaki müdahalelerde hastanın düşüncesi ve rızasının ön planda tutulması gerektiğinin altını çizmişlerdir. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 292.

⁵⁵⁹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 286. BAYRAKTAR, s. 96. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 349. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 157. DEMİRBAŞ, s. 338 vd. Önder'e göre, tıbbi müdahaleler bir meslek veya sanatın icrası kapsamında hukuka uygunluk çerçevesinde değerlendirilebilir ancak Önder bu durumu, hakkın kullanılması başlığı altında değil, hukuka uygunluk sebepleri arasında kendine özgü bir başlık olarak açıklamıştır. ÖNDER, s. 238 vd. Önder ayrıca tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu konusundaki görüşleri de derlemiştir. Görüşlerden birine göre, hekim devletin çıkardığı mevzuat çerçevesinde mesleğini yerine getirmektedir. Dolayısıyla tıbbi müdahalelerden dolayı ortaya çıkan fiillerden dolayı kişiye karşı değil devlete karşı işlenmiş bir suç ortaya çıkmaktadır. İkinci bir görüşe göre tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun gerekçesi hekimin ahlaki görevi, ilgilinin rızası veya örf ve âdet olabilir. Üçüncü görüşe göre, tıbbi müdahaleler bir zorunluluktur ve dolayısıyla hekimin müdahalesi hukuka uygun kabul edilir. Hatta bu görüş, ceza kanunları ile tıp mesleğinin amaçlarının aynı olduğunu, her ikisinin amacının da insanlar veya toplum kaynaklı ortaya çıkabilecek olumsuzlukları ve kötülükleri önlemek olduğu, dolayısıyla amaçları aynı olan iki disiplinin birbirini yasaklamasının mümkün olamayacağını savunmuştur. Dördüncü görüş, çatışan değerler karşılaştırması yapmıştır ve hekimlik mesleğinin insan ve toplum sağlığını koruması yönündeki amacının üstün kabul edilmesi gerektiğini, bu nedenle de tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olacağını ifade etmiştir. Beşinci görüş ise, hekimin müdahalesinde suç unsurlarının, örneğin fiil veya kastın bulunmadığını savunmuştur. Önder bu görüşleri aktarırken herhangi bir atıf belirtmemiş, yalnızca görüşleri eserinde okuyucuya sunmuştur. Bu görüşler için bkz. ÖNDER, s. 239.

müdahalelerde eylemlerin hukuka uygunluğunun açıklanmasının zorlaşacağı öne sürülmektedir⁵⁶⁰.

Hekimin mesleki hakkı ile kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı arasında bir çatışma ortaya çıkması ihtimalinde; kendi geleceğini belirleme hakkının, yaşam ve vücut bütünlüğünün ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmesi gerektiği, hekimin mesleki hakkının bu gibi hallerde ikinci planda kalması gerektiği savunulmaktadır. Dolayısıyla da kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının öncelikli kabul edilerek tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren bir hak şeklinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁶¹. Aksi yöndeki bir durumda, hastanın olumsuz yöndeki iradesine rağmen hastanın iyiliği gerekçesiyle bir müdahalede bulunmanın, hastayı metalaştıracak ve hatta zorla müdahalenin dahi söz konusu olabilmesine imkân sağlayacağı savunulmaktadır⁵⁶². Kanaatimizce de tıbbi müdahalelerde hakkın kullanılması şeklindeki bir hukuka uygunluk nedeninin kabul edilmesi, kişi üzerinde gerçekleştirilecek bu türden müdahalelerde kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmasının önüne geçecektir. Dolayısıyla kişi özerkliği düşüncesiyle birlikte düşünüldüğünde, hakkın kullanılması şeklindeki hukuka uygunluk nedeninin tıbbi müdahaleler açısından kabul edilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

⁵⁶⁰ CENTEL/ZAHER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 350. Aynı yönde DÖNMEZER/ERMAN, s. 282-286. ÖZEK, s. 450. *Yenerer Çakmut*'a göre, durumu hakkın kullanılması ile açıklamak ve temeline de rızayı oturtmak yeterli değildir, çünkü yapılması zorunlu olan fakat rızanın bulunmadığı müdahalelerin hukuka uygunluğunun açıklanması bu durumda zorlaşmaktadır. YENERER ÇAKMUT, Rıza, s. 120.

⁵⁶¹ ERMAN, s. 73.

⁵⁶² ESER, s. 17'den aktaran ERMAN, s. 62.

3.1.4.4.3 Kanun Hükmünün İcrası

Bir görüşe göre, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu hakkın kullanılması veya ilgilinin rızası değil, “kanun hükmünün icrası” yoluyla kabul edilebilir. Zira hakkın kullanılmasının, istenildiği takdirde, bu hakkı kullanmama tasarrufunu da beraberinde getirmekte olduğu düşünülmüştür. İlgilinin rızası ise, hukuk düzeninin kişilere vücut bütünlükleri üzerinde tam anlamıyla bir tasarruf yetkisi vermemesinden dolayı kabul edilmemiştir. Bu nedenle de tıbbi müdahalelerde hukuka uygunluğu kanunun bir hükmünün yerine getirilmesinin sağladığı ifade edilmiştir⁵⁶³.

Ayrıca bazı tıbbi müdahalelerin kanundan kaynaklanan zorunluluklar nedeniyle ve hatta rıza olmasa bile gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir. Örneğin kamu sağlığının korunması durumları veya TCK, CMK ya da İnfaz Kanunu’ndan kaynaklanan çeşitli müdahalelerde ilgilinin rızası aranmayıp doğrudan rıza bulunmasa bile müdahalenin gerçekleştirilebilmesine izin veren çeşitli hükümler bulunmaktadır. Dolayısıyla bu gibi durumlarda tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun kanun hükmünün icrası çerçevesinde kabul edilebileceği belirtilmiştir⁵⁶⁴.

3.1.4.4.4 Zaruret Hali

Zaruret halini tıbbi müdahaleler açısından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden bir düşünce de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, tıbbi müdahaleler, kanunda açıkça yazılı olmayan hukuka uygunluk sebeplerinden biridir. Tıbbi müdahalelerin, tarihsel süreçte de örf ve adet gereği hastanın rızasıyla ve iyileştirme amacıyla yapıldığı için hiçbir

⁵⁶³ GÜRELLİ, s. 267-268. Fransız hukukunda rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmediğinden, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu kanun hükmünün icrasıyla açıklanmaktadır. ÇETİNKAYA, s. 119.

⁵⁶⁴ Yazar, bu gibi haller dışında, rıza olmaksızın hekimin tıbbi müdahalede bulunamayacağını da kabul etmektedir. AKBULUT, s. 639.

zaman hukuka aykırı sayılmadığını öne süren bu görüş, hastanın rızasının yanında müdahalenin amacının hastanın iyileştirilmesi olması nedeniyle eylemin hukuka uygunluk şartını sağladığını öne sürmüştür⁵⁶⁵. Yazar ayrıca, hastanın hayati tehlikeye rağmen tedaviyi reddetmesi durumunda hekimin hastaya müdahale edebileceğini, çünkü hasta üzerinde, hastaya ait olmayan ancak toplum ve aileye ait olan yaşamı da kurtarması gerektiğinden bu müdahaleyi hastanın direncini zorla kırarak gerçekleştirebileceğini ve üçüncü kişi lehine meşru savunma ve zaruret hali hukuka uygunluk sebeplerine dayanabileceğini savunmuştur⁵⁶⁶.

Zaruret halinin diğer hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde uygulama alanı bulma ihtiyacının doğmayacağı yönündeki görüşe göre; ilgilinin rızası mevcutsa ya da varsayılan rızanın koşulları bulunuyorsa, bu durumda zaruret haline başvurmak gerekmemektedir. Bu konuda Yehova Şahitleri örneği verilmiş ve kişinin inancı nedeniyle kan nakli yapılmasına rıza göstermemesi veya çeşitli nedenlerle tedaviyi reddetmesi halinde zorunluluk haline dayanılarak tıbbi müdahale gerçekleştirmenin mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁵⁶⁷.

3.1.4.4.5 Değerlendirme

Kanaatimizce tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun temelinde ilgilinin rızasının bulunması gerekmektedir. Anayasa'nın 17. maddesinde korunan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile birlikte, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı hükmü bu

⁵⁶⁵ SOYASLAN, s. 369.

⁵⁶⁶ SOYASLAN, s. 371. Estetik ameliyatlara açısından yazar hukuka uygunluğu hastanın rızasına bağlamakla birlikte, sosyal zararın yokluğunu da rızaya ek olarak kabul etmektedir.

⁵⁶⁷ KANGAL, Zeynel T.: Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 345.

konuda önem teşkil etmektedir. Tıbbi müdahaleler doğrudan kişinin vücut bütünlüğüne yönelik niteliğe sahip olup vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı çerçevesinde bu hakkın ihlal edilmesinin ancak hak sahibi olan ilgilinin rızasıyla hukuka uygun hale gelebileceği kanaatindeyiz. Elbette tıbbi müdahalelerin tek şartı ilgilinin rızası değildir. Her tıbbi müdahalede mutlaka diğer şartların da bulunması durumunda hukuka uygunluktan bahsedilebilecektir. Ancak müdahalelerin hukuka uygunluğunu açıklayan diğer görüşler ele alındığında, bunların üzerinde tıbbi müdahale gerçekleştirilen kişi dışındaki nedenlere dayandığı görülmektedir. Dolayısıyla, Anayasa’da da korunmuş olan vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkına kanaatimizce ancak ilgilinin rızası ile müdahale edilebilecektir.

3.2 Çocuğun Vücudu Üzerinde Gerçekleştirilen Tartışmalı Bazı Tıbbi Müdahale Türleri

3.2.1 Genel Olarak

Çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkının vücudu üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler açısından incelenmesi birçok açıdan ele alınabilir⁵⁶⁸. Ancak çalışma konusu kapsamında incelenecek durumlar; vücut bütünlüğü, cinsel bütünlük ve üremeye ilişkin konulardır. Çocukların vücutları üzerinde gerçekleştirilebilecek birçok tıbbi girişim türü mevcuttur. Bunların bir kısmı tıbbi gereklilik çerçevesinde gerçekleştirilirken, bir kısmı ise tıbbi gereklilik dışında önlem amaçlı veya ebeveynin isteği üzerine çocuğun henüz kendi vücudu üzerinde karar verebilme yetkinliğine gelmediği aşamalarda gerçekleştirilmektedir. Özellikle henüz ayırt etme gücüne sahip

⁵⁶⁸ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. KESKİN, s. 62-65.

olmayan çocuklar açısından kendi geleceğini belirleme hakkı önem taşımaktadır. Zira çocuk bu aşamada kendi vücudu üzerinde söz sahibi olamamakta, onun yerine haklarını ebeveyni kullanmaktadır.

Bunun yanında, özellikle henüz reşit olmamakla birlikte, 18 yaşını doldurmaya yaklaşmış olan çocuklar üzerinde, vücut bütünlüğüne yönelik çeşitli işlemler yapılmaktadır. Örneğin dövme, piercing takılması veya estetik ameliyatlar gibi uygulamalar bu kapsamdadır. Zira bu işlemlerin hukuki herhangi bir dayanağı olmadığı gibi yalnızca çocuğun rızasına dayanarak yapılmasının işlemi hukuka uygun hale getirip getirmeyeceği ayrı bir tartışma konusudur. Ancak çalışma konusu yalnızca tıbbi müdahaleler kapsamında tutulduğu için bu konulara değinilmeyecektir. Estetik müdahaleler⁵⁶⁹ her ne kadar tıbbi müdahale kapsamında olsa da çalışma açısından ele alınan konular daha ziyade çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde çok daha ciddi ve geri dönüşü olmayan müdahaleler olarak belirlenmiştir. Hatta incelenen müdahalelerde genel olarak, kanuni temsilcinin çocuk yerine karar vermesi söz konusu olup çocuğun rızasının karar vermedeki rolü de tartışılacaktır.

3.2.2 Önleyici Nitelikteki Müdahaleler

Önleyici nitelikteki müdahaleler, gerçekleştirildiği esnada tedavi amacı gütmese de ileride ortaya çıkması muhtemel tehlikelerin önüne geçmeyi amaçlayan tıbbi müdahaleler şeklinde ifade edilebilir. Burada henüz müdahalenin gerçekleştirilmesini gerektiren bir zorunluluk bulunmamakla birlikte, özellikle çocuk açısından

⁵⁶⁹ Burada bahsedilen estetik müdahaleler, tıbbi bir zorunluluk olmaksızın gerçekleştirilenlerdir. Zira çocuğun gelişimi açısından bazı durumlarda estetik nitelikteki müdahalelerin yapılması tıbbi bir zorunluluk olabilir. Ancak tamamen güzelleşme kaygısıyla gerçekleştirilen estetik müdahaleler çalışma kapsamı dışında tutulmuştur.

düşünüldüğünde, ilerleyen zamanlarda çocuğun sağlıklı bir birey olarak büyümesi amaçlanmaktadır. Çocukluk dönemi aşıları ve topuk kanı alma uygulaması bu kapsamda önleyici niteliğe sahip olup Türkiye’de yıllarca gerçekleştirilmesine karşın son zamanlarda karşıt görüşlerle birlikte tekrar gündeme gelmiş ve bazı anne-babaların çocuklarına bu müdahalelerin yapılmasına karşı çıktıkları hatta bu durumu yargıya taşıdıkları gözlemlenmiştir. Dolayısıyla bu konunun çalışma kapsamında özellikle çocuğun üstün yararı çerçevesinde incelenmesinin gerekli olduğunu düşünmekteyiz.

3.2.2.1 Çocukluk Dönemi Aşıları⁵⁷⁰

Bulaşıcı hastalıkların önlenmesi ve toplum sağlığının korunması amacıyla yapılan aşılar, önemli bir halk sağlığı uygulaması olarak görülmektedir⁵⁷¹. Zayıflatılmış virüs veya bakterilerin ya da bunların çeşitli türlerinin enjekte edilerek kişiye bağışıklık kazandırmayı amaçlayan aşılar, ciddi ve hatta ölümcül nitelikteki hastalıkların engellenmesi ya da etkilerinin mümkün olduğunca önüne geçilmesi için uygulanmaktadır. Hem bireysel hem de toplumsal bağışıklık sağlayarak hastalıkların yayılması konusunda önemli bir etken ve bulaşıcı hastalıklara karşı alınan ekonomik bir yöntem olarak kabul edilmektedir⁵⁷². Sağlık Bakanlığı’nın web sayfasında bilgilendirme amacıyla paylaşılan metne göre, Türkiye’de halihazırda 13 hastalık çeşidi için çocukluk dönemi aşıları uygulanmaktadır. Bu hastalıklar; difteri, boğmaca, tetanos, çocuk felci,

⁵⁷⁰ Sağlık Bakanlığı’nın “Genişletilmiş Bağışıklama Programı” kapsamında çıkardığı genelgeye göre çocukluk dönemi aşıları doğumdan itibaren ilk 72 saat içerisinde başlamakta ve çeşitli periyotlarla devam etmektedir. Ayrıca okul döneminde ilköğretim 1. ve 8. sınıflarda da aşılama yapılmaktadır. Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Genişletilmiş Bağışıklama Programı Genelgesi, T. 25.02.2008, S. 2008 / 14, <https://dosyasb.saglik.gov.tr/Eklenti/1117/0/gbp genelge2008pdf.pdf> (e.t. 07.12.2024).

⁵⁷¹ YÜKSEL, Gülsüm Hatice/TOPUZOĞLU, Ahmet: “Aşı Redlerinin Artması ve Aşı Karşıtlığını Etkileyen Faktörler”, ESTÜDAM Halk Sağlığı Dergisi, 4(2), 2019, s. 246.

⁵⁷² YÜKSEL/TOPUZOĞLU, s. 247.

hepatit B, hepatit A, influenza tip B, tüberküloz, kızamık, kabakulak, kızamıkçık, suçiçeği ve zatürredir⁵⁷³.

Türkiye’de ve dünyada çocukluk dönemi aşıları açısından aşı reddi gündemde ve tartışılan bir konudur⁵⁷⁴. Aşı reddinin çeşitli nedenleri bulunduğu, kişilerin kendileri veya bakmakla yükümlü oldukları kişiler için aşı reddinde bulunmalarının altında aşıların sağlık sorunlarına yol açacağı, etkili olmadıkları, üretilmeleri esnasında güvenli olmayan yöntemler kullanıldığı ya da başka yollarla hastalıkların iyileştirilmelerinin mümkün olduğu düşüncesinin yattığı ifade edilmiştir. Hatta bazı kişilerin bencilce bir davranışla, aşı olmayıp sürü bağışıklığıyla tehlikeli durumlardan kurtulacaklarına dair inançlarının bulunduğu da aktarılmıştır⁵⁷⁵.

Bunun yanında, aşı reddinin vicdani ret kapsamında kabul edildiğine yönelik görüşler bulunmaktadır. Vicdani ret kavramı askerlik yükümlülüğünün yerine

⁵⁷³ Sağlık Bakanlığı Tarafından Ülkemizde Uygulanan Çocukluk Dönemi Aşı Takviminde Hangi Aşılar Yer Alıyor?, <https://asi.saglik.gov.tr/asi/genel-bilgiler/52-saglik-bakanligi-tarafindan-ulkemizde-uygulanan-cocukluk-donemi-asi-takviminde-hangi-asi-lar-ver-aliyor.html> (e.t. 07.12.2024).

⁵⁷⁴ YÜKSEL/TOPUZOĞLU, s. 247. Aşı reddine ilişkin tarihsel açıklamalar için bkz. YAVUZ, Melike: “Aşı Karşıtlığının Tarihçesi”, Toplum ve Hekim, 33(3), 2018, s. 187 vd. Aşı karşıtlığının son dönemlerde artmasına dair yapılan bir haberde, 7 yıl içinde çocuklarına aşı yaptırmayan anne-babaların sayısının 183’ten 23 bine ulaştığı, gerekçe olarak ise aşıların güvenilir olmadığı veya aşının dinen uygun olmadığı ileri sürüldüğü ifade edilmiştir. Aşı karşıtı ailelerin sayısı artıyor: “Reddeden gruplar dindarlar ve postmodernler”, <https://www.evrensel.net/haber/395664/asi-karsiti-ailelerin-sayisi-artiyor-reddeden-gruplar-dindarlar-ve-postmodernler>, 19 Ocak 2020 saat: 10:37, (e.t. 07.12.2024). Ayrıca bu konu Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurulara da konu olmuştur. Konuya ilişkin kararlara aşı karşıtlığının hukuki boyutu açıklanırken değinilecektir.

⁵⁷⁵ CLARKE, Steve/GIUBILINI, Alberto/WALKER, Mary Jean: “Conscientious Objection to Vaccination”, Bioethics, 31(3), 2017, <https://10.1111/bioe.12326>, s. 155. Aşı karşıtlığının nedenlerine ilişkin bkz. YÜKSEL / TOPUZOĞLU, s. 248 vd. İKİİŞİK, Hatice: “Ebeveynlerin Aşı Kararı”, Toplum ve Hekim, 33(3), 2018, s. 208 vd. AYGÜN, Erhan/TORTOP, Hasan Said: “Ebeveynlerin Aşı Tereddüt Düzeylerinin ve Karşıtlık Nedenlerinin İncelenmesi”, The Journal of Current Pediatrics, 18(3), 2020, s. 302 vd. Örneğin; Aşı reddi açısından öne sürülen gerekçelerden biri, aşıların çeşitli yan etkilerinin bulunduğu ve çocuklarda otizme neden olduğuna ilişkin iddiadır. İddiayı bir internet haberine dayandırarak aktaran TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan: “Anayasa Hukuku Açısından Zorunlu Aşı -Vavrička Kararının Öğrettikleri-”, YÜHFD, 19(Özel Sayı), 2022, s. 471, dn. 11. İlgili habere, çalışmanın kaleme alındığı tarihte erişilememiş olup bağlantıya ilgili atıftan ulaşılabilir. Otizm ile aşılar arasında bir bağlantı olup olmadığına ilişkin çalışma için bkz. KARAKAYA, Işık: “Otizm ve Aşılar Arasında Bir İlişki Var mı?”, Toplum ve Hekim, 33(3), 2018, s. 213 vd.

getirilmemesi konusundaki bir gerekçeye ilişkin olarak kullanılsa da kişilerin dini, vicdani, ahlaki veya siyasi saiklerle bir zorunlu görevi ya da yükümlülüğü reddetmeleri halinde de vicdani ret kavramının kullanılabileceği öne sürülmüştür⁵⁷⁶. Dolayısıyla vicdani ret kavramının aşı karşıtlığı konusunda da kullanılması mümkündür.

Çocukluk dönemi aşılarının hukuki boyutuna gelinecek olursa, bu konuda Türkiye’de verilen kararlar yol gösterici olacaktır. İlk olarak 2013 yılında Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunulan ve 2015 yılında karara bağlanan “Halime Sare Aysal” kararına bakmakta fayda vardır. “Halime Sare Aysal” başvurusunda, başvuru velayet altında olup anne-babası tarafından bebeklik dönemi aşılarının yapılmasına rıza gösterilmemiştir. Ancak ilk derece mahkemesi, “Genişletilmiş Bağışıklama Programı”⁵⁷⁷ çerçevesinde anne-babaya yapılan açıklama ve eğitime rağmen çocuklarına aşı yapılmasına izin vermediği için, çocuğu korunmaya muhtaç çocuk statüsünde kabul ederek ÇKK’nın 5. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi kapsamında sağlık

⁵⁷⁶ CLARKE/GIUBILINI/WALKER, s. 155. Aynı yönde TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, s. 471. Vicdani ret kavramı, “...pozitif hukukun öngördüğü bir zorunluluğa ya da yapılmasına izin verdiği bir uygulamaya, inançlar ya da bir takım ahlaki veya politik değerler temelinde karşı çıkma...” şeklinde tanımlanmıştır. EREN, Abdurrahman: “Türk Hukukunda Vicdani Red”, A.Ü.S.B.F. Dergisi, 61(3), 2006, s. 104. Askerlik konusunda vicdani retçiler ile tıbbi zorunluluk dışında kalan aşı karşıtları arasında benzer yönlerin ve farklılıkların bulunduğu ifade edilmiştir. Ancak aşı karşıtlığının askerlikteki vicdani retçilerden farklarının karşı karşıya kalınacak riskin büyüklüğü, aşılamanın bireysel ve toplumsal önemidir. En önemli fark ise, askerlikteki vicdani ret gerekçesinin bizzat askerliği yapma durumundaki kişiye ait olması söz konusuysa, çocuğun aşılmasına ilişkin vicdani ret gerekçesinin çocuğa değil anne-babasına ait olmasıdır. Hele ki bir inanç nedeniyle aşı karşıtlığı söz konusuysa, bu inanç da anne-babaya ait olup çocuğun bu konuda kendisi dışındaki kişiler tarafından vücut bütünlüğüne yönelik kararlar alınması söz konusu olmaktadır. SALMON, Daniel A./SIEGEL, Andrew W.: “Religious and Philosophical Exemptions From Vaccination Requirements and Lessons Learned from Conscientious Objectors From Conscription”, Public Health Reports, 116(4), 2001, s. 292. Türk hukuku açısından vicdani reddin hukuki boyutunda ise Anayasa’nın 90. maddesi ve taraf olunan uluslararası sözleşmeler gündeme gelmektedir. Bu kapsamda, eğer taraf olunan uluslararası sözleşmelerde vicdani ret hakkı tanındıysa, iç hukukta da bu konuya ilişkin sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekecektir. EREN, Vicdani Red, s. 112. Aşı karşıtlığı açısından vicdani ret kapsamında AİHS’nin 9. maddesinde yer alan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü; Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 18. maddesinde yer alan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kapsamında bir değerlendirme yapılması söz konusu olabilecektir.

⁵⁷⁷ Programa ilişkin genelge için bkz. Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Genişletilmiş Bağışıklama Programı Genelgesi, T. 25.02.2008, S. 2008 / 14, <https://dosyasb.saglik.gov.tr/Eklenti/1117/0/gbpgenelge2008pdf.pdf> (e.t. 07.12.2024).

tedbiri kararı almıştır. Bunun üzerine başvuru maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle⁵⁷⁸ Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Olayda başvuru bireysel başvurusunun bulunması nedeniyle aşı uygulaması gerçekleştirilmemiş olup Mahkeme bu nedenle “başvurucunun, söz konusu kamusal işlem nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilendiği”ni ifade ederek başvurunun kişi bakımından yetki kapsamında olduğunu kabul etmiş ve esas yönünden incelemeye geçmiştir. Bakanlık ilettiği görüş yazısında aşılamanın bir önlem niteliğinde olması nedeniyle gerekli bir müdahale olduğu yönünde görüş bildirmiştir⁵⁷⁹. Anayasa mahkemesi esasa ilişkin incelemesinde, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme ilkesi ve ayrıca AİHS'in 8. maddesinde yer alan özel yaşama saygı ilkesi çerçevesinde özel yaşamın fiziksel ve ruhsal özerkliği kapsadığı ve aynı zamanda tedaviyi ret hakkını da içerdiğini ifade etmiş, aşı uygulamasının da vücut bütünlüğüne bir müdahale olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bebeklik dönemi aşılı için de benzer yönde görüş açıklayan Mahkeme, bu

⁵⁷⁸ Başvurucunun iddiaları kararda şu şekilde yer almaktadır: “Başvurucu temsilcisi, velayeti altında bulunan başvuru çocuğa bebeklik dönemi aşılmasının uygulanmasını kabul etmediği hâlde bu hususta Mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verildiğini, Anayasa'nın 17. maddesi uyarınca tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını, belirtilen bu zorunlu hâllerin ise 1593 sayılı Kanun'un 72. maddesinin atfıyla 57. maddesinde yer verilen hastalıklardan birinin söz konusu olması hâlinde gündeme gelebileceğini, somut olayda böyle bir durum bulunmamasına rağmen çocuk hakkında sağlık tedbiri uygulandığını, ayrıca başvuru çocuk 5395 sayılı Kanun kapsamında korunmaya muhtaç çocuk durumunda olmadığı hâlde bu kapsamda kabul edilerek Mahkemece hukuka aykırı şekilde hatalı yorum yapıldığını, hukuki isabet bulunmayan tedbir kararı nedeniyle başvuru vücut bütünlüğünün ihlal edildiğini beyan ederek Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.” Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, 11/11/2015; Başvuru Numarası: 2013/1789, s. 7-8, prg. 34. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1789> (e.t. 18.02.2025).

⁵⁷⁹ “Bakanlık görüş yazısında kişinin vücut bütünlüğüne karşı yapılan tıbbi müdahalelerin de özel hayat kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek ... benimsenen sağlık politikası çerçevesinde küçük yaştaki çocukların ve dolayısıyla toplumun sağlığını koruma şeklindeki meşru amaca dayanarak gerçekleştirildiği, söz konusu aşılardan doğan her çocuğa yapıldığı, çocukların gelişme çağında karşılaşılabilecekleri muhtemel hastalıklara karşı bir önlem niteliğinde olan müdahalenin bu yönüyle gerekli olduğu ifade edilmiştir.” Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, 11/11/2015; Başvuru Numarası: 2013/1789, s. 9, prg. 40. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1789> (e.t. 18.02.2025).

tür zorunlu aşıların başvurusunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına müdahale olduğunu savunmuştur. Ayrıca uygulamada zorunlu aşı uygulamasının gerekçesi olarak gösterilen Sağlık Bakanlığı Genelgesi ve bu Genelge’de atıf yapılan 1593 sayılı Kanun⁵⁸⁰ da kararda tartışılmış, Genelge’de belirtilen aşıların yapılmasını gerektiren hastalıkların Kanun’da yer alan hastalıkların tamamını kapsamadığı ve başvurucuya yapılması öngörülen aşıların bir kısmının da Kanun’da belirtilen hastalıkların dışında kaldığı, bu nedenle ilgili Kanun hükmünün⁵⁸¹ somut olayda aşı uygulanabilmesi için kanuni dayanak olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla başvuruyu kabul eden Anayasa Mahkemesi, başvuru konusu olan müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunmadığını ve Anayasa’nın 17. maddesinin ihlal edildiği yönünde oyçokluğu ile karar vermiş ve başvurucuyu haklı bulmuştur⁵⁸².

⁵⁸⁰ 1593 sayılı ve 24/4/1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, RG. T. 06.05.1930, S. 1489.

⁵⁸¹ Bu maddeler, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 57. maddesinde yer alan hastalıkların ortaya çıkması halinde 72. madde gereğince bu kişilere aşı uygulanması gerektiğini içeren maddelerdir.

⁵⁸² Karşı oy gerekçesinde ise şu ifadeler yer almaktadır: “...önleyici mahiyetteki genel ve zorunlu aşı uygulamasının yasal dayanağının bulunmadığı, belirlilik ilkesinin yokluğu nedeniyle kanunilik şartının gerçekleşmediği yolundaki değerlendirmeye katılmaya imkân yoktur. Anayasa’nın belirtilen hükümleri ve gerekçeleri ile 1593 sayılı Kanun’un işaret edilen düzenlemelerin açıklığı karşısında, Devletin sağlıklı bir nesil yetiştirme ve toplum sağlığını koruma görevinin bir parçası olarak, genel ve zorunlu aşı programı uygulamasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır... bu başvuruda olduğu gibi, çocuğun üstün yararı gözetildiğinde sağlığın korunmasında bu rızanın gerekmediği yolunda verilen kararlarında bulunduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de bir kararında ‘...Ana babanın çocuklarla ilgili karar alırken onların menfaatlerini de üstün yararlarını göz önünde tutmaları asıldır. Çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili aydınlatıldıkları halde, hiçbir haklı gerekçe ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa, çocuğun menfaatine aykırı bu tavra hukuki sonuç bağlanamaz, çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise rıza aranmaz...’ demektedir. 5395 sayılı Kanun’un 3/1-a ve 5/1-d maddeleri gözetildiğinde, çocuğun (bebeğin) korunmaya muhtaç çocuk olarak kabul edilerek hakkında bebeklik dönemi koruyucu aşılarının yapılması yolunda mahkeme kararıyla başvuru “sağlık tedbiri”nin çocuğun vücut bütünlüğüne yapılan müdahalede “kanunilik” şartını bu yönü itibarıyla de sağladığı açıktır. Ayrıca, bu müdahalenin benimsenen sağlık politikası çerçevesinde, küçük yaşta çocukları ve toplum sağlığını koruma amacına yönelik olduğu, sağlık politikası gereği bu tür uygulamaların yapılmasının, kamu düzeni ve toplum sağlığı gözetildiğinde zorunlu ve gerekli bulunduğu, ülkemizde bulunan üç milyona yakın mültecinin taşıyabileceği hastalık tehlikesi gözetildiğinde ve ülkemizin dünyaya örnek gösterilen zorunlu aşı uygulamasının sonuçları dikkate alındığında ebeveynlerin küçük çocuklarına aşı yapılmasına izin vermemelerinin kamu düzeni ve toplum sağlığı açısından büyük risk oluşturabileceği, dolayısıyla başvurusunun çocuğuna aşı yapılması yolundaki müdahalenin (sağlık tedbirinin) “acil bir sosyal ihtiyaç” teşkil ettiği ve çocukların gelişme sürecinde karşılaşılabilecekleri muhtemel hastalıklara karşı bir önlem niteliğinde olduğu dikkate alındığında, bu müdahalenin (aşı yaptırılması yolundaki mahkeme kararının)

Mahkeme benzer bir kararı “Muhammed Ali Bayram” başvurusunda da vermiş ve Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine oybirliğiyle karar vermiştir⁵⁸³.

Bununla birlikte, kararlarda genellikle Anayasa’nın 17. maddesine vurgu yapıldığı görülmüş, velayet ve çocuğun üstün yararı konusunun ele alınmadığı gözlemlenmiştir⁵⁸⁴. Kanaatimizce çocukluk dönemi aşılarda çocuğun üstün yararı son derece önem taşımaktadır. Dolayısıyla aşı kapsamında bu konuya değinmek gereklidir. Zira özellikle bebeklik döneminde yapılan aşılar da çocuğun henüz bu tür müdahalelere rıza göstermesi mümkün olmayacak ve çocuğun geleceğini etkileyen bu konuyla ilgili karar anne-babası tarafından verilecektir. Ancak anne-babanın çocuğa aşı yapılmasına rıza göstermediği durumlarda çocuğun üstün yararı ilkesi söz konusu olacaktır⁵⁸⁵. Zira daha önce de bahsedildiği gibi aşı uygulaması özellikle toplumsal bağışıklık ve kişi sağlığının korunması amacıyla gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla yalnızca kişinin vücut

ölçülü ve orantılı olduğu, Anayasa’nın işaret edilen maddeleriyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8/2 nci maddesine ve AİHM’nin içtihatlarına uygun düştüğü (Olsson/İsveç, B. No: 10465/83, 24.3.1988, § 67) anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle, başvuru yönünden Anayasa’nın 17. maddesinin ihlal edilmediği ve başvurunun reddi gerektiği kanaatine vardığımdan; ihlalin mevcudiyeti sonucuna ulaşan çoğunluk kararına katılamadım.” Karşı oy gerekçesine dair yapılan değerlendirme için bkz. METİN, Sevtap: “Covid-19 Bağlamında Zorunlu Aşı Tartışmalarının Hukuki Boyutu”, Sağlık Bilimlerinde İleri Araştırmalar Dergisi, 4(S-1), 2021, s. 42.

⁵⁸³ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, 29/6/2016; Başvuru Numarası: 2014/4077, s. 20, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/4077> (e.t. 18.02.2025). Bu kararda başvuru hem aşı uygulaması hem de topuk kanı alımı için başvurmuştur. Topuk kanı başlığında karara ayrıca tekrar değinilecektir.

⁵⁸⁴ “Halime Sare Aysal” kararının yukarıda da aktardığımız karşı oy gerekçesinde çocuğun üstün yararı konusuna değinilmiş ve bu nedenle başvurunun reddedilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

⁵⁸⁵ Aynı yönde bkz. DALASLAN, Bekir Levent: Zorunlu Aşı Uygulamasının Velayet Kapsamında Değerlendirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 73-74. ÇAKIRCA, Seda İrem: “Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarının Velayet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 80(4), 2022, s. 1109. Aşının belirli bir hastalıktan korunmak amacıyla yapılması durumunda, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartlarından biri olan tedavi amacının güdülmesi şartıyla aşı uygulamalarının bu kapsamda hukuka uygun olduğu ifade edilmiştir. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 390. Dalaslan’a göre, eğer ki bir tıbbi zorunluluk varsa ve anne-baba bu durumda müdahaleyi reddediyorlarsa, hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır. DALASLAN, s. 74. Çocuğun üstün yararı konusıyla ilgili açıklamalarımız için “2.2.2.3.2. Çocuğun Üstün Yararı İlkesi” başlığına bakılabilir.

bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen ve sadece kişiyi ilgilendiren bir uygulama değildir. Kaldı ki çocuğun irade beyanının alınmasının mümkün olmadığı bir durumda, çocuğun gelecekteki salgın hastalıklardan korunmasını amaçlayan aşı uygulamasının anne-babanın sahip olduğu velayete dayanarak çocuklarını bu uygulamadan mahrum bırakmaları kanaatimizce çocuğun üstün yararı ilkesi ile de ters düşmektedir.

Çocuğuna aşı yapılmasını istemeyen ve iradesini bu yönde açıklayan anne-baba açısından özellikle zorunlu aşı uygulamaları çerçevesinde idari işleme dayanan müdahalelerde, idari yaptırım uygulanabileceği ifade edilmiştir. Bunun yanında çocuğun TCK'da düzenlenen suçlar kapsamında bir zarara uğraması veya zarar tehlikesiyle karşı karşıya kalması halinde ise ilgili suç çerçevesinde sorumluluğunun söz konusu olacağı ifade edilmiştir⁵⁸⁶.

Aşının hukuki dayanakları konusunda bir değerlendirme yapmak gerekirse, ele alınması gereken hukuki düzenleme, 24/4/1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57. maddesidir. Bu maddede çeşitli salgın hastalıklardan bahsedilmiş ve devamındaki maddelerde de bu hastalıklara yakalanmış birinin görülmesi durumunda yapılacakların neler olduğu açıklanmıştır. Kanun'un 72. maddesinde ise, 57. maddede yer alan hastalıkların ortaya çıkması veya ortaya çıktığına dair şüphe oluşması durumunda hangi tedbirlerin alınacağı ifade edilmiştir. Bu çerçevede, söz konusu hastalıklardan dolayı hasta olanlara ya da hastalığa maruz kalmış kişilere serum veya aşı uygulaması yapılacağı belirtilmiştir. Ayrıca Kanun'un 64. maddesinde, 57. maddede yer almayan ancak salgın bir hastalık haline gelme ihtimali bulunan bir hastalığın ortaya çıkması durumunda da gerekli önlemleri alma konusunda Sağlık Bakanlığı'na yetki verildiği ifade

⁵⁸⁶ DALASLAN, s. 89.

edilmektedir⁵⁸⁷. Dolayısıyla Kanun’da yazılı hastalıklar çerçevesinde aşı uygulamasının dayanağı yine Kanun’da yer aldığından, bu hastalıklar açısından Anayasa’nın 17. maddesinde koruma altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi ile tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı yönündeki hüküm çerçevesinde herhangi bir hukuka aykırılıktan bahsedilemeyecektir. Ayrıca, çocuğun üstün yararı ilkesi hem iç hukuk düzenlemeleri hem de Türkiye’nin taraf olduğu sözleşmelerle kabul edilmiştir. Dolayısıyla, çocuklara yapılacak aşı uygulaması açısından anne-babanın çocuk üzerindeki velayeti çerçevesinde bir değerlendirme yapmak yerine, uluslararası sözleşmelerin ilgili hükümleri de dikkate alınarak ve Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası gereğince bu hükümlerin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması da göz önünde bulundurulduğunda çocuğun üstün yararının öncelikli olarak ele alınması gerektiği kanaatindeyiz.

3.2.2.2 Topuk Kanı Testi

Topuk kanı testi, bebeğin doğmasının ardından kısa bir süre içinde gerçekleştirilen ve topuktan alınan kanın incelenmesi neticesinde gelecekte karşılaşılabilecek sağlık sorunlarının tespiti ve gerekiyorsa bu konuda çeşitli önlenme alınmasını sağlamak amacıyla gerçekleştirilen ve dolayısıyla çocuk için hayati öneme sahip bir uygulamadır⁵⁸⁸. Doğumsal metabolik hastalıklar olarak da adlandırılan bu tür hastalıkların önlenmesi, çocuğun doğumundan sonraki kısa bir süre içinde alınacak topuk kanı ile mümkün olmaktadır. Zira ancak bu süre içinde alınan kan örnekleriyle

⁵⁸⁷ GÜNGÖR, Hasan Atilla: “Anayasa Mahkemesi’nin Topuk Kanı Testi ve Zorunlu Aşılama Uygulamaları Hakkındaki Kararlarına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 10(100), 2018, s. 399.

⁵⁸⁸ GÜNGÖR, s. 396.

tespit edilebilen bazı hastalıklar olduğu ifade edilmiştir⁵⁸⁹. Ancak günümüzde çocukluk dönemi aşılarda olduğu gibi topuk kanı testi hakkında da anne-babaların çocuklarının vücut bütünlüğü üzerindeki dokunulmazlık hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle çeşitli itirazlar mevcut olup Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna kadar giden bir süreç mevcuttur⁵⁹⁰.

Topuk kanı testi uygulamasının hukuki boyutu öğretide henüz çalışma konusu haline getirilmemiştir ancak basına yansıyan olaylar ve Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularla bu konunun tartışmaya açılması söz konusu olmuştur. Bu konuyla ilgili önemli kararlardan biri, "Muhammed Ali Bayram" kararı, diğeri ise "Uğur Ali Naki Yüreğiçatal" kararıdır.

"Muhammed Ali Bayram" kararında, başvuruçular topuk kanı uygulamasının ebeveyn tarafından rıza gösterilmediği halde yerel mahkeme tarafından koruyucu tedbire hükmedilmesi ve sağlık tedbiri uygulanması nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuruçular ayrıca

⁵⁸⁹ BAYRAK, Rabia/ÜNSAL, Ayla: "Yenidoğan Topuk Kanı Taraması İşlem Basamakları ve Görev Alan Sağlık Çalışanları", Türkiye Sağlık Bilimleri ve Araştırmaları Dergisi, 5(2), 2022, s. 61-62.

⁵⁹⁰ Örneğin Kars'taki bir yerel mahkemenin, çocuklarından topuk kanı alınmasını yargıya taşıyan bir ailenin lehine karar vermesi eleştirilmiş ve olay basına yansımıştır. Mahkeme bir alternatif tıp uzmanının görüşünü dayanak göstererek topuk kanı alımı uygulamasının olumlu sonuçlarının bilimsel olarak ispat edilemediği gerekçesiyle aileyi haklı bulmuştur. Mahkemeden "alternatif tıp uzmanına" ithaf: Topuk kanı taraması neden önemli?, 6 Eylül 2024 saat 14:15, <https://teyit.org/dosya/mahkemeden-alternatif-tip-uzmanina-ithaf-topuk-kani-taramasi-neden-onemli> (e.t. 07.12.2024). Kars'taki mahkeme kararı ile gündeme gelen topuk kanı uygulaması nedir, neden önemli?, 26 Ağustos 2024, <https://www.bbc.com/turkce/articles/c2078x15ny2o> (e.t. 07.12.2024). Uzmanlardan bebeklerde "topuk kanı" taramalarına ilişkin açıklama, <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/uzmanlardan-bebeklerde-topuk-kani-taramalarına-iliskin-aciklama/3312599> (e.t. 07.12.2024). Türk Tabipler Birliği'nin web sayfasında yayınlanan bir habere göre ise yerel mahkeme kararının istinafa taşındığı, Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi'nin 11.10.2024 tarihli kararında yerel mahkemenin verdiği, çocuğa tedbir uygulanmasına ilişkin talebin reddine dair kararın kaldırılması ve dosyanın yeniden incelenmek üzere yerel mahkemeye gönderildiği ifade edilmiştir. Karara ilişkin bilgi için bkz. İstinaf Mahkemesi, Kars Aile Mahkemesi'nin Çocuğun Üstün Yararını ve Halk Sağlığını Tehdit Eden Bilim Dışı Topuk Kanı Kararının Kaldırılmasına Hükmetti, 23.10.2024, https://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=9e1d3384-9132-11ef-b49d-d3cf967fbb2a (e.t. 07.12.2024).

çocuklarının sağlıklı olduğunu ve topuk kanı alınmasının çocuklarının fiziksel ve ruhsal sağlığı üzerinde herhangi bir önleyici etkisinin bulunmadığını, ayrıca bakım yükümlülüklerini yerine getirdiklerini ifade etmişlerdir. Anayasa Mahkemesi, topuk kanı alınmasına ilişkin uygulamanın 5395 sayılı ÇKK kapsamında değerlendirilmesinin söz konusu olduğunu, ancak ilgili Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde yer alan hükmün bu uygulama açısından yeterince açık olmadığını ve çok genel ifadelerle bu tedbirlere başvurulmasına imkân sağlayıcı nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca topuk kanı uygulamasının zorunlu şekilde gerçekleştirilmesinin de başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına müdahale niteliğinde olduğu vurgulanmıştır. Dolayısıyla da Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında bir müdahalenin yapılması için gerekli olan kanunilik unsurunun bu açıdan bulunmadığı değerlendirilmiştir. Ancak, yenidoğanlar hakkında çeşitli hastalıkların belirlenmesi amacıyla tıbbi testlerin yapılması ve gerekli tedbirlerin alınmasını sağlayacak uygulamaların gerçekleştirilmesinin dayanağı olarak 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasının (l) bendinde yer alan hüküm gereğince yenidoğan bebekler üzerinde çeşitli testlerin yapılmasına ilişkin düzenleme gösterilmiş ve bu durumda topuk kanı uygulamasının da bu kapsamda kabul edilmesi gerektiği ifade edilerek kanunilik ilkesine uygun olduğu belirtilmiştir. Ayrıca başvuruçuların, topuk kanı alınmasının bir sağlık sorununa neden olduğuna dair iddia yöneltmediğine de değinilmiş, bu kapsamda yerel mahkemenin vermiş olduğu tedbir kararının keyfi olmadığı ve yeterli şekilde gerekçelendirildiği ifade edilerek zorunlu topuk kanı uygulamasının Anayasa'nın

17. maddesi kapsamında kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi konusunda herhangi bir ihlalin söz konusu olmadığına karar verilmiştir⁵⁹¹.

“Uğur Ali Naki Yüreğičatal” başvurusunda ise, Anayasa Mahkemesi mükerrer topuk kanı alımı olması nedeniyle “Muhammed Ali Bayram” kararından farklı bir durum olduğunu ifade ederek mükerrer topuk kanı alımının Yenidoğan Tarama Programı kapsamında 2014/7 sayılı Genelge’de hangi durumlarda mümkün olduğunun düzenlendiğini, ancak somut olayda bu genelge gerekçe gösterilmediği gibi yerel mahkemenin de çocuk hakkında sağlık tedbiri kararı verirken bu durumu araştırmadığı belirtilerek müdahaleye ilişkin kararın Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan “maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi” hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁹².

⁵⁹¹ Başvurucular aynı zamanda aşı uygulaması için de Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuşlardır. Mahkeme bu konuda Halime Sare Aysal başvurusunda olduğu gibi Anayasa’nın 17. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁵⁹² “33. Topuk kanı örneği uygulamasına ilişkin esaslar Genelge’de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (§ 14). Buna göre tarama programı kapsamında her bebekten doğumu takiben 48 saat sonra (oral beslenmenin ardından) topuk kan örneği alınması esastır. Ancak bebek hastaneden ayrılırken 48 saatlik oral beslenme süresi dolmamışsa ya da topuk kanı örneği bebek yeterince oral beslenmeden alınmışsa bir hafta içinde mükerrer topuk kan örneği alınması gerekmektedir. Bununla beraber Genelge’nin 8. maddesinde 48 saatlik oral beslenmeyi takiben alınan numunelerden sonra mükerrer kan örneği alınmaması gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

34. Anılan düzenlemelerden hastanelerde bebeklerden doğum sonrası usulüne uygun şekilde topuk kan örneği alındığı ve test sonuçlarının normal olduğu durumlarda mükerrer topuk kanı örneği alınmaması gerektiği anlaşılmaktadır. ... tarama programı kapsamında topuk kan örneği uygulamasının belirli hastalıkların teşhisi amacıyla bir defa ve hastalık şüphesi durumunda yinelenmek üzere sınırlı olarak yapılmasının öngörüldüğünü ifade etmiştir. Genelge’de öngörülen usulün yanı sıra çocuğun üstün yararının gerektirdiği durumlarda da mükerrer kan örneği alımı söz konusu olabilir. Bu durumlarda mükerrer örnek alımının çocuğun neden üstün yararına olduğu hususu açıkça ortaya koyulmalıdır.

35. Başvurucu; hastanede doğum sonrası topuk kan örneği alındığını, bebeğin bu sırada sıkıntı yaşadığını ve yeniden örnek alınmasını gerektirir bir durum olmadığını ileri sürmesine karşın ilgili sağlık kuruluşlarınca Genelge kapsamında mükerrer örnek alınmasını gerektiren bir durum olduğu ortaya konulmadan sağlık tedbiri kararı talebinde bulunulmuştur. Mahkemeler ise başvurusunun ileri sürdüğü hususlar çerçevesinde Genelge uyarınca mükerrer örnek alınmasının gerekip gerekmediğini araştırmadıkları gibi mükerrer kan alımının neden çocuğun üstün yararına olduğuna ilişkin ilgili ve yeterli bir gerekçe de ortaya koymamışlardır. Sağlık tedbiri kararı gerekçesinde yer verilen Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşavirliği yazısında yenidoğan ilk topuk kan örneği sonucunun pozitif çıktığı durumlarda ailelerin mükerrer kan örneğine rıza göstermemesi durumunda sağlık tedbiri uygulanması gerektiği belirtilmiş ancak derece mahkemelerince bu hususta da bir tartışma yapılmamıştır. Dolayısıyla başvurucudan mükerrer topuk kan örneği alınmasının gerekliliği derece mahkemelerinin gerekçelerinde ortaya konulamamıştır. Bu itibarla başvurusunun vücut bütünlüğüne yönelik sağlık tedbiri kararı verilmesi

Bu kararlar ışığında, Anayasa Mahkemesi'nin topuk kanı uygulaması açısından önemsedığı noktanın uygulamanın dayandığı hukuk normu olduğu görülmektedir. Zira Mahkeme, çocuğun üstün yararı çerçevesinde bir değerlendirmeden ziyade, uygulamanın hukuka uygunluğunu sağlayacak normlara bağlı olarak uygulamanın gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini araştırmıştır. Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına dair bir değerlendirme yaparak karar veren Mahkeme, maddenin devamında yer alan “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz...*” hükmü çerçevesinde vücut bütünlüğünü ihlal edici niteliği olan topuk kanı alımı uygulamasının kanuni dayanağının bulunup bulunmadığı yönünde bir araştırma yapmakla yetinmiş ve kararlarını bu konu üzerine inşa etmiştir. Ancak çocuğun üstün yararı ilkesinin de bu kapsamda ele alınması gerekli olup çocuğun ileride çeşitli hastalıklarla karşılaşma ihtimali olması nedeniyle gerçekleştirilen bu uygulamaların salt vücut bütünlüğü ihlali olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir.

3.2.3 Cinsel Bütünlüğe ve Üreme Faaliyetine İlişkin Müdahaleler

“Cinsel konularda kendi geleceğini belirleme hakkı” olarak da adlandırılan cinsel bütünlük ve üreme faaliyetlerine ilişkin kendi geleceğini belirleme, çocuğun vücudu üzerinde gerçekleştirilen sünnet, genital muayene, doğum kontrolü, doğum ve gebeliğin

şeklindeki müdahalenin zorunlu bir sosyal ihtiyaca cevap vermediği ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

36. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, 19/12/2023; Başvuru Numarası: 2020/22948, s. 7-8, prg. 33-36, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2020/22948> (e.t. 18.02.2025).

sonlandırılması gibi tıbbi niteliği haiz müdahalelerin yanında, cinsel yönelimin belirlenmesini de kapsamaktadır⁵⁹³.

3.2.3.1 Cinsiyet Kavramı

Arapça kökenli olan cinsiyet sözcüğü, “*Bireye, üreme işinde ayrı bir rol veren ve erkekle dişiye ayırt ettiren yaradılış özelliği; eşey, cinslik, seks*” anlamlarına gelmektedir⁵⁹⁴. Buradaki tanım daha ziyade biyolojik anlamdadır. Ancak cinsiyetle ilgili farklı değerlendirmeler de yapılmış, örneğin kromozomlara göre belirlenen cinsiyet “kromozomal (genotipik) cinsiyet”, cinsiyet bezlerine göre belirlenene ise “gonadal cinsiyet” adı verilmiştir⁵⁹⁵. Cinsiyet kavramı İngilizcede iki farklı şekilde karşılanmaktadır. Bunlardan bir, biyolojik cinsiyet olarak kabul edilen “sex”, diğeri ise toplumsal cinsiyet olarak kabul edilen “gender” kavramlarıdır⁵⁹⁶. “Gender” kavramı, psikolojik ve kültürel olarak cinsiyetin tanımlanmasında kullanılmıştır⁵⁹⁷.

Cinsiyete veya cinselliğe ilişkin başka kavramlar ise; cinsel kimlik, cinsel rol ve toplumsal cinsiyet olarak karşımıza çıkmaktadır. Cinsel kimlik, kişinin kendisini kadın veya erkek olarak hissetmesi, kendi cinsiyetini biyolojik olarak bilmesi ve diğer kişilerin cinsiyetlerini tanıma yeteneğidir. Cinsel rol, bireylerin kadın ya da erkeklere özgü kıyafet, meslek, oyun tercihleri ile topluma katılma tarzlarını ifade etmektedir. Toplumsal cinsiyet

⁵⁹³ KESKİN, s. 63.

⁵⁹⁴ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr> (e.t. 30.03.2024).

⁵⁹⁵ OKYAR, Dila: “İnterseks Küçüğe Uygulanan Genital Rekonstrüktif Cerrahi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Meselesi”, SÜHFD, 30(1), 2022, s. 163.

⁵⁹⁶ Toplumsal cinsiyet kavramının sosyolojide ilk kullanımının Ann Oakley tarafından 1972 tarihli “*Sex, Gender and Society*” adlı eserde yapıldığı aktarılmıştır. MARSHALL, Gordon: Sosyoloji Sözlüğü (Çev. Osman AKINHAY, Derya KÖMÜRCÜ), Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 2005, s. 98.

⁵⁹⁷ OAKLEY, Ann: *Sex, Gender and Society*, Gower Publishing Company Limited, Aldershot 1985, s. 158. “*Sex*” kavramında cinsiyetler kadın ve erkek olarak ifade edilirken, “*gender*”da ise maskülenlik ve feminenlik kullanılmaktadır. STOLLER, Robert: *Sex and Gender*, Science House, 1968’den aktaran OAKLEY, s. 159.

ise, bireyin belirli bir cinse dahil olduğu bilgisine, bu cinsiyetle ilişkilendirilen toplumsal beklentilere ve toplum içinde bireye atfedilen konuma işaret eder⁵⁹⁸.

3.2.3.2 Cinsiyet Gelişim Farklılıkları

Cinsel organların fiziksel farklılıklar içermesi durumları, 250 ile 4.500 doğumda bir ya da daha nadir görülmektedir. Hermafroditizm, kuşkulu genital yapı, interseks, cinsel gelişim kusuru / bozukluğu / sorunu / farklılığı gibi çeşitli kavramların kullanıldığı bu tür durumlar yapısal, hormonal, genetik veya psikososyal nedenlerden kaynaklanabilmektedir⁵⁹⁹. Cinsel anomali olarak da adlandırılmıştır⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ ÖZBEY, Hüseyin: “Cinsel Gelişim Sorunları: Küçük Hastalar, Büyük Kararlar”, Çocuk Cerrahisi Dergisi, 30(Ek Sayı 2), 2016, s. 141. VATANDAŞ, Celalettin: “Toplumsal Cinsiyet ve Cinsiyet Rollerinin Algılanışı” Sosyoloji Konferansları, (35), 2007, s. 31-36. Budak, Felsefe Terimleri Sözlüğü’nde bu kavramları şu şekillerde tanımlamıştır. Cinsel kimlik: “Bireyin, biyolojik olarak veya cinsel yönelimiyle belirlenen cinsiyeti konusunda kendini tanımlaması... Sadece kişinin kendini hangi cinsiyet kategorisine ait hissettiğiyle ilgilidir.” BUDAK, Selçuk: Psikoloji Sözlüğü, 3. Baskı, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 2005. s. 168. Cinsel tercih: “Kişinin cinsel yönelimi tanımlamak için kullanılan, modası geçmiş, yanıltıcı bir terim. Tercih ifadesi iradi bir seçim anlamına gelir. Oysa araştırmalar, insanların cinsel ve romantik eğilimlerinin gelişmesini pek kontrol edemediğini göstermektedir.”, BUDAK, s. 171. Cinsel yönelim: “...kişinin, cinsel, sosyal, romantik, bilişsel ve duygusal anlamda kendi cinsinin, karşıt cinsin veya her ikisinin birden cazibesine kapılma eğilimi. Genetik yapı, hormonlar, yetiştirme tarzı, erken dönem yaşantılar vb. gibi etkenlerin önemli bir rol oynadığı düşünülen cinsel yönelimin çok erken yaşlarda oluştuğuna inanılır.” BUDAK, s. 171.

⁵⁹⁹ ÖZBEY, s. 142. Durumun nitelendirilmesi konusunda farklı yöntemler ele alınmıştır. Özellikle durumun farklılık ya da sorun olarak adlandırılması, bireyin veya ailenin durumdan nasıl etkileneceği açısından da değerlendirilmiştir. Özbeý’e göre; tıbbi ya da cerrahi müdahale gerektirmeyen durumlar farklılık, müdahale gerektiren durumlar ise bir cinsel gelişim bozukluğu olduğundan sorun olarak adlandırılması ailenin veya bireyin en az rahatsız olacağı ifadelerdir. Yazar ayrıca terimlerin halen tartışıldığını da ifade etmektedir. ÖZBEY, s. 142. 2005 yılında Lawson Wilkins Pediatrik Endokrin Derneği ile Avrupa Pediatrik Endokrinoloji Derneği’nin vardıkları konsensusla, bu gibi durumlarda kapsayıcı bir terim olarak “cinsiyet gelişim bozuklukları” kavramının kullanılması üzerinde uzlaşıya varılmıştır. CRISSMAN, Halley P./WARNER, Lauren/GARDNER, Melissa/CARR, Meagan/SCHAST, Aileen/QUITTNER, Alexandra/KOGAN, Barry/SANDBERG, David E., “Children With Disorders of Sex Development: A Qualitative Study of Early Parental Experience”, International Journal of Pediatric Endocrinology, 1(10), 2011, s. 2. Kanaatimizce, durumun cerrahi müdahaleyi gerektirip gerektirmediğine bakmaksızın “cinsiyet gelişim farklılığı” ifadesini kullanmak daha kapsayıcı ve yerinde olacaktır.

⁶⁰⁰ BUDAK, s. 166.

3.2.3.2.1 İnterseksizm⁶⁰¹

İnterseksizm, bireyin hem erkek hem de dişi cinsiyet organlarına sahip olduğu bir durumdur ve tipik olarak her iki cinsiyetle ilişkili üreme organlarına sahip olma sonucunu doğurur⁶⁰². Anne rahminde embriyo veya fetüsün gelişimi sırasında ortaya çıkan ve interseksizme neden olan durumların ise; kromozom bozuklukları, endokrin sistemindeki bozukluklar ve hedef organ bozukluklarından kaynaklandığı ifade edilmiştir. Kromozom bozukluklarında hem over hem de testis yapısının bulunduğu, bu kişilerin kromozomlarında hem 46 XY hem de 46 XX yapısının gözlemlendiği ifade edilmiştir. Endokrin sistemindeki bozukluklarda, erkeklerin genital yapısında kuşkulu durumların ortaya çıkması, şekil bozukluklarının veya eksik yapıların bulunması ve testislerin testosteron salgılayamaması; kızlarda ise iç genital yapının dişi görünümünde olmasına karşın dış genital organlarda erkekleşme görüldüğü belirtilmiştir. Hedef organ

⁶⁰¹ Bu konuda hermafroditizm ve interseks kavramları kişinin iki cinsiyete özgü organlara sahip olduğu durumlar için kullanılmaktadır. Ancak günümüzde ve sosyal bilimler literatüründe daha çok interseks kavramının tercih edildiği ifade edilmiştir. TÜRKER, Hülya: İnterseks Çocuklara Yönelik Tıbbi Müdahale Sorunu Bağlamında Toplumsal Cinsiyet ve Beden, Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği ve Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi, Ankara 2019, s. 12. Ayrıca hermafroditizm kavramının kadın ve erkek dışındaki üçüncü bir cinsiyet olarak tanımlandığı ancak interseksin bundan daha fazla durumu kapsadığı ve dolayısıyla kavram olarak da daha kapsayıcı olduğu öne sürülmüştür. TÜRKER, s. 16. Bu nedenle bu çalışmada da interseks kavramı tercih edilecektir. Hermafroditizm kavramının tarihçesine bakıldığında; Hristiyanlık ve Yahudilikte, ilk insan olan Adem'in de bir hermafrodit olarak yaratıldığı, üremek için başka bir varlığa ihtiyaç duymadığı, ilk günahı işledikten sonra erkek ve kadın olarak iki cinsiyete ayrıldığına inanılmıştır. Hinduizm'de de kendine yer bulan hermafroditizm kavramı, çeşitli coğrafyalara yayılmış, Yunanistan'da cinsel aşırılığın sembolü olarak görülmüş ve olumsuz karşılanmıştır. ANDROUTSOS, George: "Hermaphroditism in Greek and Roman Antiquity", *Hormones*, 5(3), 2006, s. 214. Hermafrodit kavramının kaynağı olarak Yunan mitolojisi gösterilmektedir. Hikâyeye göre *Afrodite* ve *Hermes*'in oğlu olan *Hermafroditus*, bir kaynakta banyo yaparken *Salmacis* adında bir perinin dikkatini çeker ve *Salmacis*, *Hermafroditus*'a aşık olur ancak karşılık alamaz. Bu nedenle kendini suya atar ve kendiyi birlikte *Hermafroditus*'u zorla birlikte aşağı sürükler. *Salmacis* Tanrılara onları sonsuza dek birleştirmeleri için yalvarır ve isteği kabul olur. Birleşmelerinin bir sonucu olarak *Hermafroditus* hem erkek hem de dişi özelliklere, yani kadın vücudunda erkek cinsel organlarına sahip bir varlık haline gelir. ANDROUTSOS, s. 215.

⁶⁰² WANI, Imtiaz Ahmad: "True Hermaphroditism: Review Article", *The Internet Journal of Pediatrics and Neonatology*, 9(1), 2007, <https://print.ispub.com/api/0/ispub-article/13003> (e.t. 05.04.2024). TÜRKER, s. 11.

bozukluğunda ise, testis yapısı bulunmasına karşın dış genital yapının dışı görünümlü olduğu ifade edilmiştir⁶⁰³.

Kuşkulu genital yapı bozukluğuyla doğmuş çocuklarda, yenidoğan aşamasında ölümcül bazı sorunların ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir. Herhangi bir sorun ortaya çıkmasa da nüfus kaydı yapılmadan ve çocuğa isim konulmadan önce çocuğun durumu hakkında tıbbi bir tanı konulması gerektiği, çeşitli tetkikler ve araştırmalar ve hatta yeri geldiğinde cerrahi yöntemlerle de inceleme yapılarak tanı konması gerektiği belirtilmiştir⁶⁰⁴.

İnterseks çocuklara dair tıbbi müdahale sorunu, durumun çocuklar açısından bir sağlık sorunu oluşturmamasına rağmen yalnızca fiziksel görünümün normal hale getirilmesiyle ilgili müdahalelerde gündeme gelmektedir. Zira çocuğun sağlığı açısından bir tehlike söz konusu olduğunda tıbbi müdahalenin yapılması da bir gereklilik olacaktır. Ancak zorunluluk dışındaki müdahalelerde özellikle kanuni temsilcinin ve çocuğun kararı açısından tartışılması gereken noktalar bulunmaktadır⁶⁰⁵.

⁶⁰³ DANIŞMEND, Nur: “Cinsiyet Farklılaşma Bozuklukları (İnterseks)”, Türkiye Klinikleri Üroloji – Çocuk Ürolojisi Özel Sayısı, 3(2), 2010, s. 143. İnterseks hastaların sınıflandırılmasında da dört ayırım kullanılmıştır. Bunlar; erkekleşmiş üreme organ yapısına sahip 46XX kromozomlu dişiler (dişi psödohermafrodit grubu), erkekleşmiş üreme organına sahip olmayan 46 XY kromozomlu erkekler (erkek psödohermafrodit grubu), kromozomdan bağımsız olarak hem over hem de testise sahip kişiler (gerçek hermafrodit grubu) ve üreme organlarındaki yapısal bozuklukların yanında genetik olarak da cinsiyet belirten kromozomlarda eksiklik bulunması (gonadal disgenezis grubu). DANIŞMEND, s. 143.

⁶⁰⁴ DANIŞMEND, s. 144.

⁶⁰⁵ Zorunlu olmayan müdahaleler için “kozmetik amaçlı operasyonlar”, “genital mutilasyon operasyonları” ve “genital normalleştirme ameliyatları” kavramlarının kullanıldığı ifade edilmiştir. TÜRKER, s. 16-17. Zorunlu müdahalelerde ise dikkat edilmesi gereken birçok husus bulunmaktadır. Yalnızca hastanın dış görünüşünün hangi cinsiyete yakın olduğuna veya ailenin vereceği karara göre hareket edilmemeli, hastanın beyin yapısının hangi hormonun etkisinde olduğu ya da kromozom durumlarına da bakılmalıdır. Örneğin; erkek psödohermafrodit grup olarak adlandırılan, yani erkekleşmiş üreme organına sahip olmayan 46XY kromozomlu erkeklerde dış genital yapı dışı görünümündeyse dişi cinsiyetin tercih edildiği, zira cerrahi yöntemlerle yapılacak penisin fonksiyonel olmayacağı ifade edilmiştir. Bunun yanında, androjen yetersizliği nedeniyle erkeksi özellik göstermeyen hastalarda ise androjen verilmesi suretiyle cinsel organlarında gelişme sağlanarak erkek cinsiyetine yönelik cerrahi müdahalelerin de yapıldığı belirtilmiştir. Gerçek hermafrodit grubu ve gonadal disgenezis grubunda ise fallus boyutu dikkate alınarak seçim yapıldığı ifade edilmiştir. DANIŞMEND, s. 145.

Konuyla ilgili hukuki metinlere bakıldığında, ulusal açıdan özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Avrupa Konseyi'nin İnsan Hakları Komiserliği tarafından tematik bir rapor yayınlandığı görülmüştür. İnsan Hakları Komiseri'nin Tavsiyeleri başlığı altında sıralanan bazı düzenlemeler, bu konuda bir kaynak olarak kabul edilmelidir. Bu tavsiyelerin birincisi, üye devletlerin kişinin tam bir şekilde aydınlatılmış onamı olmadan geri dönüşü mümkün bulunmayan ve interseks kişiler açısından tıbbi bir zorunluluk olmadığı halde normalleştirme adı altındaki müdahalelerin sona ermesi gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca tedavinin çocuklar üzerinde gerçekleştirilmesi durumunda rızalarını gösterebilecek bir yaşa gelmiş olmalarının aranması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁰⁶. Dördüncü tavsiyede ise, üye devletlerin interseks kişilere kendi geleceklerini belirleme haklarının tanınması, ayrıca kişisel durum açısından kişilerin interseks olarak kanun önünde tanınmasının kolaylaştırılması gerektiğini savunmaktadır⁶⁰⁷. Türkiye'nin de Avrupa Konseyi'ne üye olmasından dolayı, bu raporun uygulama alanı bulması önem taşımaktadır.

⁶⁰⁶ “Üye Devletler, zorla ya da söz konusu kişinin tam aydınlatılmış onamı olmaksızın yapılmaları halinde, geri dönüşü olmayan genital cerrahi ve kısırlaştırma dahil, interseks kişilerin tıbbi açıdan gereksiz “normalleştirme” tedavilerini sona erdirmelidir. Cinsiyet atama tedavisi, özgür ve tamamıyla aydınlatılmış onamlarını ifade edebilecekleri bir yaşta olan interseks kişilere sunulmalıdır. İnterseks kişilerin cinsiyet atama tedavisi görmeme hakkına saygı gösterilmelidir.” İnsan Hakları ve İnterseks Kişiler, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Tarafından Yayınlanan Tematik Rapor, (Çev. Işıl DEMİRAKIN), Kaos GL Derneği, Ankara 2018, s. 9.

⁶⁰⁷ “Üye Devletler, interseks kişilerin kendi kaderlerini tayin hakkını tanımanın yanı sıra doğum belgeleri, nüfus kayıt belgeleri, kimlik belgeleri, pasaportlar ve diğer resmi kişisel belgelerinin hızla çıkarılması yoluyla interseks kişilerin kanun önünde tanınmasını kolaylaştırmalıdır...” İnsan Hakları ve İnterseks Kişiler, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Tarafından Yayınlanan Tematik Rapor, s. 9.

3.2.3.2.2 Cinsiyet Disforisi⁶⁰⁸

Cinsiyet disforisi, kişinin cinsiyet kimliği ile biyolojik cinsiyeti arasındaki uyumsuzluktan kaynaklanan bir duygu olarak tanımlanmaktadır⁶⁰⁹. Disfori ise genel olarak kişinin kendisini mutsuz, huzursuz veya tatminsiz hissetmesi ya da bedeni veya kimi zaman kimliği üzerindeki rahatsızlık duygusunu da içerebilen bir durumdur. Bu durumlar, uluslararası alanlarda hastalıkların tanısı ve sınıflandırılmasında kullanılan kılavuzlar olan DSM-V ve ICD-11'deki güncel hastalık sınıflandırmasında “zihinsel ve davranışsal bozukluklar” kısmından “cinsel sağlıkla ilgili durumlar” kısmına taşınarak trans bireylerin damgalanmalarının önüne geçilmesi konusundaki güncel yaklaşıma paralel bir düzenlemeye gidilmiştir⁶¹⁰.

Cinsiyet disforisi yaşayan ergenlere uygulanan çeşitli müdahalelerin ruh sağlığını ve yaşam kalitesini iyileştirdiğine dair çalışmalar mevcuttur ancak bu müdahalelerin yapılması çeşitli hastalık risklerini taşımakla birlikte kısa ve uzun vadeli sonuçlarına dair bulguların şimdilik sınırlı sayıda olduğu ifade edilmiştir. Müdahalenin yapılmaması durumunda disforinin gerileme ihtimalinin bulunduğu da dikkate alındığında, bu riskler çerçevesinde çocuğun üstün yararı konusu tartışmalı hale gelecektir⁶¹¹.

Bu tür müdahalelerde bir başka sorun, müdahalenin yapılacağı çocuğun yaşı ve rızası konusunda ortaya çıkmaktadır. Çocuk reşit olana kadar bu tür müdahalelerin gerçekleştirilmemesini savunan görüşler, çocuğun söz konusu tıbbi müdahalenin risklerini ve faydalarını tam olarak anlayamayacağını öne sürerek çocukların aynı

⁶⁰⁸ Budak bu kavramı “Cinsiyet hoşnutsuzluğu” şeklinde çevirmiştir. Bkz. BUDAK, s. 173.

⁶⁰⁹ AZ, Adem/KARAMAN, Muhammet İhsan: “Çocukluk ve Ergenlikte Cinsiyet Disforisi: Güncel Yaklaşımlar ve Etik Sorunlar”, Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi, 28(3), 2023, s. 434. BUDAK, s. 173.

⁶¹⁰ AZ/KARAMAN, s. 434 - 435.

⁶¹¹ AZ/KARAMAN, s. 436.

zamanda aileleri, akranları ve çevrelerinden gelebilecek baskı ya da yönlendirmelere karşı kendi kararlarını alamayabileceklerini veya rıza gösterecekler de bu rızanın eksik ya da kusurlu olabileceğini ifade etmektedirler. Dolayısıyla da bu tür müdahalelerin mümkün olduğunca çocuğun müdahalenin yarar ve zararlarını anlayabileceği ve bu kapsamda bir muhakeme yaparak karar verebileceği bir yaşa kadar ertelenmesi ve bu süreçte çocuğa gerekli psikolojik rehberlikler de yapılarak ergenlik sürecinin kontrol altında geçirilmesinin sağlanması gerektiği savunulmaktadır⁶¹².

3.2.3.3 Sünnet

Erkek ve kadın sünnetinde sosyokültürel, geleneksel ve inanca dayanan gerekçeler dışında herhangi bir etik veya hukuki temel bulunmamaktadır ve bu nedenle uygulama tartışmalı hale gelmektedir. Esasında bu tür müdahaleler kişinin vücut bütünlüğüne ve zihinsel sağlığına yönelik bir niteliğe sahiptir ve bu nedenle hukuken tartışılması gerekmektedir⁶¹³.

3.2.3.3.1 Erkek Sünneti

Erkek çocuk sünneti, genellikle Müslüman ve Yahudi toplumlarında kabul gören, örf ve âdet olarak benimsenen, tıbbi zorunluluk olmasa da uygun karşılanan, genellikle sosyal ve dini gerekçelere dayandırılan fakat günümüzde toplumun da bunu bir zorunluluk olarak kabul ettiği, yapılmadığı takdirde çocuğun ve ailenin dışlanabileceği, psikolojik baskı unsuru olabilecek bir eylem olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla

⁶¹² AZ/KARAMAN, s. 436. Bir araştırma kapsamında 11 uzmanın, henüz reşit olmamış 22 çocuğa hukuka ve tıbbi kurallara aykırı olarak cinsiyet değiştirme ameliyatı ve hormon tedavisi uygulamakla suçlandığına yönelik haberler gündeme gelmiştir. “İstanbul Üniversitesi'nde cinsiyet değiştirme tartışması: 'Kurallara uygun' işlemler, neden soruşturma konusu oldu?”, Asya ROBINS, 17 Ağustos 2023, <https://www.bbc.com/turkce/articles/c9xj87l70yeo> (e.t. 21.03.2024).

⁶¹³ ÖRNEK BÜKEN, Nüket: “İstanbul Sözleşmesi Bağlamında Kadın Sünneti”, Kadın/Woman 2000-Kadın Araştırmaları Dergisi, 20(1), 2019, s. 19.

sünnetin; kınanmayan, yaralama suçu olarak görülmeyen ve cezalandırılmayan niteliğiyle toplumda kabul görmekte olduğu öne sürülmüştür⁶¹⁴.

Bununla birlikte, erkek çocuk sünnetinin aslında çocuğun beden bütünlüğüne rızası dışında gerçekleştirilen bir uygulama olduğu Türk toplumunda gözden kaçırılmaktadır. Ebeveynler çocuğun etrafında olup bitenleri henüz anlayabilme yaşına dahi gelmeden gerçekleştirdikleri bu müdahaleyi velayetten doğan yetkilere dayandırmak isteseler de burada çocuğun özellikle cinsel bütünlüğünü ve mahremiyetini etkileyen bir müdahalenin söz konusu olduğu ve geri döndürülemez niteliğinin bulunduğu hususları, eylemin hukuka uygunluğu veya meşruiyeti hakkında değerlendirilmesi gereken noktalar. Ayrıca uygulamanın, çocuğun özel hayatına yönelik olduğu da bir gerçektir.

Erkek çocuk sünnetinin yararlarından bahseden bazı araştırmalar bulunmaktadır. Bu araştırmalara göre; sünnet derisinin penisi koruyan bir yapısı olduğu ancak insanların kıyafet kullanmaya başlamalarıyla birlikte sünnet dersinin bu koruma özelliğinin öneminin ve gerekliliğinin kalmadığı, sünnetin erkeklerde herhangi bir cinsel haz kaybına neden olmadığı hatta cinsel yolla bulaşan hastalıklarda koruma etkisinin bulunduğu ifade edilmiştir⁶¹⁵. Ayrıca HIV enfeksiyonunu %53-60, “herpes simpleks virüs tip 2” enfeksiyonunu %28-34, “human papilloma virüs” enfeksiyonunu %32-35 oranında azalttığı belirtilmiş; sünnet olmuş erkeklerin partnerlerinde de “bakteriyal vaginosiz”in

⁶¹⁴ HAKERİ, s. 61. ŞENOL, Ayşe Nilay: “Sünnet ve Çocuğun Menfaati”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi - Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 25(2), 2019, s. 1338. Bu çerçevede sünnet eyleminin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz hataya düşülmesi sonucunu doğurduğu, Almanya’da da gerçekleşen bir olayda hekimin sünnet eylemi açısından kaçınılmaz hataya düştüğünün kabul edilerek hekime haksızlık yanılması nedeniyle ceza verilmediği yönünde bkz. HAKERİ, s. 61. Sünnetin İslamiyet’te önemli bir yeri olduğu, kendisini Müslüman olarak adlandıran birçok kimsenin Tanrı’nın emirlerini yerine getirmeyen, namaz kılmayan, oruç tutmayan insanlar olmalarına karşın, istisnai durumlar haricinde sünnetsiz bir Müslüman erkeğin neredeyse yok denecek kadar az olduğuna dair *Burhan Felek*’in görüşlerini ve anılarını aktaran bkz. ONUR, s. 204.

⁶¹⁵ DOĞANCA, Tümkut/ÖNAL, Bülent: “Sünnet”, Türkiye Klinikleri Üroloji – Çocuk Ürolojisi Özel Sayısı, 3(2), 2010, s. 126.

%40, “trikomona vaginalis” enfeksiyonunun %48 oranında az görüldüğü öne sürülmüştür. Bunun yanında, sünnetin penil kanser için koruyucu bir niteliğinin bulunduğu, doğumdan itibaren ilk 1 yıl içerisinde sünnet olan erkek çocuklarında ise, bu süre içerisinde idrar yolu enfeksiyonlarının daha düşük oranda seyrettiği ve sünnetin prostat kanseri için de koruyucu bir niteliğinin olma ihtimalinin bulunduğu düşünüldüğü aktarılmıştır⁶¹⁶.

Bununla birlikte, sünnetin zaman zaman çocuklara zararlı sonuçları olabilecek bir müdahale olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. Her ne kadar istatistiksel bir veri bulunmasa da nadiren de olsa uzuv sakatlığına neden olabilecek sünnet uygulamasının gelecekte ortaya çıkması muhtemel zararları önlemesi gerekçesiyle yapılmasını hatalı bulan görüşe göre, çocukların önemli bir organının din adı altında hayatlarını etkileyebilecek şekilde müdahaleye maruz kalmasının anlamsız olduğu ifade edilmiştir. 18 yaşından önce hiçbir erkek çocuğunun sünnet edilmemesi gerektiği savunulmuş ve hatta bu uygulamayı gerçekleştiren kişilerin cezalandırılması için bir kanun hazırlanması talebiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne bir dilekçe sunulması önerisinde dahi bulunulmuştur⁶¹⁷.

Sünnet uygulaması, vücut bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen ve iyileştirme amacı bulunmayan tıbbi müdahalelerin en yaygınıdır⁶¹⁸. Tıp uygulamasında iyileştirme amacı bulunmayan müdahalelerin bazılarının kuralları kanuni olarak

⁶¹⁶ DOĞANCA/ÖNAL, s. 127.

⁶¹⁷ TOPUZLU, Cemil: Sünnet Sağlık İçin Faydalı Mıdır?, Akşam Matbaası, İstanbul 1935, s. 4-5. Hatta bir örnek verilerek, nasıl ki muhtemel olumsuz sonuçlar nedeniyle her çocuğun apandisti henüz bir tehlike olmadan alınamayacaksa, sünnetin de henüz ortada olumsuz bir durum yokken yapılmasının benzer olacağı ifade edilmiştir. TOPUZLU, s. 4.

⁶¹⁸ DEDE, Emine: Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 142.

düzenlenmiş ve hukuka uygunluk şartları belirlenmiştir. Bununla birlikte, net bir şekilde hukuki düzenlemesi bulunmayan bu tür müdahaleler de mevcuttur.

Almanya Köln Eyalet Mahkemesi'nin 2012 yılında verdiği karar, sünnetle ilgili en çok referans yapılan karar niteliğindedir⁶¹⁹. Almanya'da konuyla ilgili kanuni bir

⁶¹⁹ 2010 yılında Köln Savcılığı tarafından, Alman Ceza Kanunu'nun 223. maddesi 1. fıkrası ile 224. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, başka bir kişiyi tehlikeli bir aletle yaralamaktan dolayı doktor hakkında kamu davası açılmıştır. Davaya konu olan olayda sanık doktor, şahsi muayenehanesinde, eylem esnasında 4 yaşında olan bir erkek çocuğunu ailenin isteği üzerine, tıbbi gereklilik olmadan ve lokal anesteziyle sünnet etmiştir. Olaydan birkaç gün sonra ortaya çıkan kanamanın durdurulması için çocuğun annesi tarafından çocuk, Köln'deki tıp fakültesi hastanesinin çocuk acil bölümüne götürülmüş, kanama hastanede durdurulmuştur. Sanık doktor, yargılama aşamasında iddiaları kabul etmiş, ailenin Müslüman olduğu tespit edilmiştir. Sanık, sünnet uygulamasını ailenin isteği üzerine gerçekleştirdiğini ifade etmiş, bilirkişi raporunda da uygulamanın mesleki olarak kusursuz yapıldığı, herhangi bir malpraktisin söz konusu olmadığı ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, ameliyat esnasında kullanılan neşter, doktor tarafından usulüne uygun kullanıldığı için eylem, Alman Ceza Kanunu'nun 224. maddesine aykırı kabul edilmemiştir. Anne-babanın rızasının da, toplumsal uygunluk bakış açısı altında, rıza ehliyeti kapsamında kabul edilemeyeceği, 4 yaşındaki bir çocuğun rızasının geçerli olamayacağı ve dikkate alınamayacağı, sünnetin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacağı, anne-babanın çocuklarının dini eğitimi üzerindeki haklarının vücut bütünlüğü ve kendi geleceğini belirleme hakkından üstün tutulamayacağı ancak olayın toplumsal olarak onaylanan ve tarihsel olarak da dini açıdan sıradan kabul edilen bir eylem olduğu gerekçesiyle ve ayrıca sanığın kaçınılmaz hataya düşmüş olduğu ifade edilerek ceza sorumluluğu bulunmadığından ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Kararda ayrıca, Alman Anayasası'na göre çocuğun vücut bütünlüğünün ve kendi geleceğini belirleme hakkının dini özgürlükten üstün olduğu, sünnetin çocuğun vücudu üzerinde geri döndürülemez ve düzeltilemez sonuçları olduğu ve bu durumun çocuğun daha sonraki yaşamında din özgürlüğüne zarar vereceğini, velayet hakkının bu kapsamda genişlemeyeceği vurgulanmıştır. Kararın tam çevirisi için bkz. YUMAK, Semih: "Köln Eyalet Mahkemesi'nin Sünnet ile İlgili Kararı", TBB Dergisi, (4), 2013, s. 433-440. Kararın ardından Alman parlamentosu erkek sünnetinin belli şartlarda uygulanmasını hukuka aykırı olmaktan çıkaran bir düzenleme yapmıştır. Alman Medeni Kanunu'na eklenen 1631d maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde "*Temyiz kudretine sahip olmayan erkek çocukların sünnet edilmesi için rıza gösterilmesi tıbbi bir zorunluluk olmaması halinde bile kişiliğin korunması kapsamında bir haktır. Bu rızanın geçerliliği, sünnetin tıbbi müdahalenin kurallara uygun olarak yapılmasına bağlıdır.*" denerek tıbbi müdahalenin koşullarına uygun olarak gerçekleştirilen sünnet uygulamasına ebeveynin rıza göstermesini kişiliğin korunması çerçevesinde değerlendirilmesi söz konusu olmuştur. İkinci cümlede de "*Sünnet ile çocuğun sağlığını tehlikeye düşüren bir durumun oluşması ihtimali varsa söz konusu rıza geçersiz olacaktır.*" denmiş ve çocuğun sağlığını bu anlamda ebeveynin kişilik haklarından üstün tutmuştur. Maddenin ikinci fıkrasında ise "*Sünnetin çocuğun doğumundan itibaren ilk altı ay içinde dini cemaatlerin öngördüğü ve doktor olmadıkları halde sünnet yapmaya yetkili kılınmış ve bu konuda özel bir eğitim almış kişiler tarafından ilk fıkrada sözü geçen şekilde yapılması koşullarıyla gerçekleştirilmesi mümkündür.*" denerek uygulamanın şartları özel olarak belirlenmiştir. Madde metni için bkz. SIRMA, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ÖZAYDIN, Özdem: "Türk, Alman ve İtalyan Ceza Hukuklarında Sünnet", Fasikül Hukuk Dergisi, (44), 2013, s. 21-22. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 392. Bu düzenleme parlamentonun Köln kararı ve dini grupların gerçekleştirdikleri lobi çalışmaları sonucundaki baskısı ile gerekli araştırmaları yapıp bilgi edinmeden aceleci davranarak yapıldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Özellikle Almanya'nın genç erkeklerde sünnet uygulamasını cezalandıran Avrupa'daki ilk ülke olmamak adına siyasi bir imaj çizmek için bu düzenlemeyi yaptığı, Amerikan Doktorlar Birliği'nin genç erkek çocuklarında sünnetin onaylandığı görüşünün ve Yahudi Hastanesi başhekiminin sünnet uygulamasında bebeklere narkoz verilmediğini ancak uyuşturucu kremle uygulama bölgesinin uyuşturularak müdahalenin acısız yapıldığını ifade etmesinin de parlamenterler açısından yanıltıcı olduğu

düzenleme getirildiği için sünnet uygulamaları hukuka uygun kabul edilirken İngiltere’de ise sünnetin, dövme ve kulak deldirme operasyonlarıyla benzer olduğu gerekçesiyle, bir mahkeme kararında hukuka uygun bir eylem olduğuna hükmedilmiştir⁶²⁰.

Sünnet uygulamasının hukuka uygunluğunu açıklayan görüşlerden biri, “Sosyal Uygunluk Teorisi”dir. *Welzel* tarafından ortaya atılan sosyal uygunluk görüşü, ceza hukukunu toplumsal gerçeklikle bağdaştırmaya çalışan, ceza hukuku kuralları çerçevesinde hukuka aykırı olmakla birlikte toplumsal yaşam ve sosyal etik çerçevesinde gerçekleşen ve normal kabul edilen davranışların cezalandırılmamasını savunmaktadır⁶²¹. Bu davranışlar her ne kadar ilk bakışta cezalandırılabilir gibi görünse de, sosyal uygunluk teorisine göre, toplumun belli bir kesiminde ve o toplumun gereklerine uygun ise davranışın suç olarak kabul edilmemesi ve sonuç olarak cezalandırılmaması gerektiği savunulmaktadır⁶²². Öğretide, tipikliği ortadan kaldıran bir neden olarak da kabul edilen bu görüş, kimi yazarlar tarafından bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülen, kimilerine göre ise kanunun amacını yorumlamak için kullanılan yardımcı bir araçtır. Kısaca,

vurgulanmıştır. Zira yapılan incelemeler neticesinde Amerikan Doktorlar Birliği’nin görüşüne dünyada hiçbir doktorlar birliğinin katılmadığı tespit edilmiş, Yahudi Hastanesi’nin başhekimi tarafından uygulandığı söylenen kremin ise üretici tarafından “genital deride kullanılmaması gerektiği” yönünde uyarısının olduğu ortaya çıkmıştır. Ayrıca Alman hukukunda kız çocuklarına ilişkin sünnetin net bir şekilde yasaklanmasına karşın erkek çocuklarında sünnete kanun yoluyla kısmen de olsa izin verilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu da öne sürülmüştür. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. ESCHELBACH, Ralf/Franz, Matthias/Scheinfeld, Jörg: “Parlamento Sünnet Kanununu Yürürlükten Kaldırmak Yükümlülüğü Altındadır (Köln Sünnet Kararı ve Parlamentonun Koruma Yükümlülüğüne İlişkin)” (Çev. Yener Ünver), *Rechtsbrücke | Hukuk Köprüsü*, (12), 2017, s. 47 vd.

⁶²⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku C.I, s. 545. R. J. COOK / B. M. DICKENS / M. F. FATHALLA, “Üreme Sağlığında Etik Sorunlar Kadın Sünneti (Sakatlama/Sünnet): Etik ve Hukuki Boyutlar”, (Çev. Mustafa Erçakıca), *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 2, S: 4, (2016), s. 117.

⁶²¹ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 303. WELZEL, Hans: “Studien zum System des Strafrechts”, *ZStW*, (58), 1939, s. 491 vd.’den aktaran Salih ÖZKAN: *Ceza Hukukunda Önemsizlik*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 185-186 ve URUŞAK, Uğur: *Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 125-126.

⁶²² MANTOVANI, Ferrando: *Diritto Penale Parte Generale*, 3. ed., CEDAM, Padova 1992, s. 143, GREGORI, Giorgio: *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio, Milano 1969, s. 17, NUVOLONE, Pietro: *I limiti taciti della norma penale*, Palermo 1947, s. 22, 23 ve 72, BETTIOL, Giuseppe: *Diritto Penale*, 10. ed. CEDAM, Padova 1978, s. 301’den aktaran KATOĞLU, Tuğrul: *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 59.

toplumsal olarak hoş görülebilecek ancak kanuna göre tipik olarak suç teşkil edecek davranışların suç olarak kabul edilmemesi gerektiğini öne süren bu görüş, aslında suç tipinin konuluş amacına yönelik sınırlayıcı bir yorum olarak da kabul edilmektedir⁶²³. Alman hukukunda konuyla ilgili farklı tanımlamalar da yapılmıştır. Bu tanımların ortak noktaları; toplumsal düzende tolerans gösterilen, kanuni tanıma uysa da tarihsel süreçte oluşan düzen çerçevesinde gerçekleşen hareketler olarak kavramın açıklanmış olmasıdır⁶²⁴. Teorinin eleştirilmesi ise, fiilin sosyal açıdan tehlikeli olmamasına rağmen kanunda suç sayılabilir olması veya sosyal açıdan tehlikeli fiillerin suç olarak kabul edilmemesine dayandırılmıştır. Bu gibi durumlarda hakimin karar verirken fiilin sosyal yönü ile kanun koyucunun amacı arasında farklılık olduğu görülse dahi, kanuna öncelik verilecek ve kanun koyucunun iradesi çerçevesinde bir karara varılması gerekecektir⁶²⁵.

Türk hukukunda ise; “ceza hukukunda önemsiz hareketler”⁶²⁶ veya “hukukça önemli olmayan hareketler”⁶²⁷ kavramlarının kullanıldığı ancak genel olarak, sosyal uygunluk teorisinin ceza hukuku öğretisinde tartışmalı olduğu ifade edilmiştir⁶²⁸. Dini

⁶²³ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 303. Sosyal uygunluk teorisi konusunda hakim olan görüşün, bu tür hareketlerin gerçekleşmesiyle tipikliğin oluşmadığı yönünde olduğu hakkında bkz. AKBULUT, s. 275. *Akbulut*’da bu tür fiillerin tipiklik kapsamında kabul edilmemesi gerektiğini savunmaktadır. AKBULUT, s. 275.

⁶²⁴ Tanımlarla ilgili olarak bkz. AKBULUT, s. 273. Sosyal uygunluk teorisi ile ilgili detaylı bilgi ve konunun önemsizlik çerçevesinde değerlendirilmesi için bkz. ÖZKAN, *Önemsizlik*, s. 185 vd.

⁶²⁵ ROCCO, Arturo: *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino 1913, s. 486’den aktaran URUŞAK, s. 129-130. Diğer eleştiriler için bkz. KATOĞLU, *Hukuka Aykırılık*, s. 60-62. URUŞAK, s. 129.

⁶²⁶ HAKERİ, *Önemsiz Hareket*, s. 58 vd. ÖZKAN, *Önemsizlik*, s. 42 vd.

⁶²⁷ ÖNDER, s. 205. Yazar burada bir hareketin tipe uygun olmaması veya atipik bir nedensellik bağı içerisinde bulunması durumunda, hareketin hukukça önemli kabul edilemeyeceğinden bahsetmiştir.

⁶²⁸ AKBULUT, s. 273-274. Sosyal uygunluk teorisinin fiili suç olmaktan çıkarmasına ilişkin ortaya koyduğu ölçütlerin hukuk güvenliği açısından problem yaratabileceği ve sorunun suça ilişkin normun amacı değerlendirilerek yapılacak bir yorumla çözülebileceği nedeniyle bu teorisinin kullanılmasına ihtiyaç bulunmadığına dair görüş için bkz. ÜNVER, *İzin Verilen Risk*, s. 356.

gerekçelerle çocukların sünnet edilmesini öğretide bu kapsamda değerlendiren görüşler de bulunmaktadır⁶²⁹.

Türk hukukunda sünnetin hukuka uygunluğu, 1219 sayılı Kanun'un 2014 yılına kadar yürürlükte olan 58. ila 62. maddeleri arasında "Sünnetçiler" başlığı altında düzenlenen maddelerle açıklanmıştır⁶³⁰. Bu maddeler yürürlükten kalkana kadar, sünnetin kanuni dayanağı olarak kabul edilmiştir⁶³¹. Sünnet açısından en önemli mesele, eylemin hukuka uygunluğunun kanuni dayanağının nasıl tespit edileceğidir. Zira bu konu

⁶²⁹ Fischer'den aktaran ÖZTÜRK/ERDEM, s. 304. Alman Yüksek Mahkemesi'nin verdiği bir kararda sosyal uygunluğu "Sosyal yarar teorisine göre, sosyal hareket özgürlüğü kapsamında bulunan hareketlerin tipe uygun olmadığını veya en azından hukuka aykırı olamayacaklarını, çünkü bu hareketlerin sadece ceza hukukuna göre değil, hukuk düzeninin tamamı göz önünde bulundurularak anlamlandırılacağını, sosyal hareket özgürlüğü içerisinde bulunan hareketin alışlagelmiş, toplum tarafından uygun görülmüş hareket" şeklinde açıklamıştır. Kararı aktaran NUHOĞLU, Ayşe: "Sünnet ve Ceza Hukuku", MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı: Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 19(2), 2013, s. 219. Alman hukukçu Mathias Rohe'nin "Almanya'da Müslümanların erkek çocuklarını sünnet ettirmeleri, önemsizlik dolayısıyla müessir fiil olarak kabul edilmemekte; buna karşın, kızların belirli gruplar tarafından sünnet edilmeleri esaslı bir saldırı olarak kabul edilip, ağır müessir fiil olarak cezalandırılmaktadır." ifadesini aktaran HAKERİ, Önemsiz Hareket, s. 58. Alman Medeni Kanunu'nda erkek çocuk sünnetine ilişkin yapılan düzenlemeye kadar konunun sosyal uygunluk çerçevesinde tartışıldığına dair bkz. ÖZKAN, Önemsizlik, s. 190.

⁶³⁰ "Madde 58 - Tabiplerden ve Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti tarafından küşat ve idare edilen küçük sıhhiye memur mekteplerinden mezun küçük sıhhiye memurlarından veya işbu mekteplere muadil tedrisat yapan mekteplerden mezun olup şahadetnameleri Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaletince tasdik ve tescil edilenlerden başka hiç kimse müsaadesiz sünnetçilik edemez. Ancak laakal on seneden beri bu işle iştigal ettiğini resmi vesikalarla ispat eden ve ehliyet ve liyakatı bilimtihan tebeyyün eyliyen kimselerin kemaflıssabik icrayı sanatlarına müsaade ve ellerine Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaletince bir ruhsatname verilir."

"Madde 59 - On seneden az bir müddetten beri sünnetçilik eden veya on seneden ziyade bir zamandan beri bu işle iştigal ettiğini vesaik ile ispat edemiyen kimselerin mütehassis bir operatörün bulunduğu bir hastanede iki ay müddetle ameliyat gördükten sonra bilimtihan ehliyeti tebeyyün ettiği takdirde yedlerine Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaletince bir ruhsatname verilir. Ameliyat gördükleri müddet zarfında bu gibilerin ibate ve işeleri hastane idarelerince temin olunur."

"Madde 60 - Bir mahalde sünnetçilik etmek üzere yerleşmek isteyen kimse bir hafta zarfında isim ve hüviyetini ve vesaiki lazimesini havi bir ihbarnameyi mahallin en büyük sıhhiye memuruna vermeğe ve başka bir yere nakil vukuunda keyfiyeti nakli ihbar etmeğe mecburdur."

"Madde 61 - Ruhsatsız ve müsaadesiz sünnetçilik edenler bir haftadan bir aya kadar hafif hapis ile cezalandırılır. Bu suretle icrayı sanat neticesinde Türk Ceza Kanunu itibarıyla daha ağır cezayı müstelzim bir fiil işlenmiş olduğu takdirde o fiile mahsus ceza verilir."

"Madde 62 - "60" inci madde hükmüne riayet etmeyen sünnetçilerden beş liradan yirmi beş liraya kadar hafif cezayı nakdi alınır."

⁶³¹ DEDE, s. 141. ŞENOL, s. 1338.

farklı teorilerle ve görüşlerle açıklanmaya çalışılsa da esas sorun, bu müdahalede dayanılacak doğrudan doğruya bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığıdır.

Bir görüşe göre sünnetin hukuka uygunluğu konusunda Türk hukukunda bir hukuka uygunluk tartışması bulunmamaktadır. Zira 1219 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre sünnet uygulamasının yapılması konusunda her hekime yetki verildiği ayrıca olağanüstü ve istisnai durumlarda da Sağlık Bakanlığı tarafından verilen eğitimi alan kişilerin hekim gözetiminde sünnet yapabilmesine Bakanlık tarafından izin verilebileceği hükmünün de sünnetin hukuka uygunluğu açısından bir gerekçe olduğu ifade edilmiş, ebeveynin bu konuda göstereceği rızanın bu düzenlemeye dayanak teşkil ettiği öne sürülmüştür⁶³². Hatta Türk öğretisi ve uygulamasında sünnet konusunun uzun tartışmalara gerek olmadığı zira farklı görüşlerin ortaya çıkma ihtimalinin bulunmadığı bir uygulama olduğu öne sürülmüştür. Dini gerekçelerle ve toplumda uzunca bir süredir gerçekleştirilen sünnetin toplumda herhangi bir rahatsızlığa neden olmadığı, aksine gerçekleştirilmediğinde kişilerin toplum tarafından kınandığı ifade edilmiş; hukuka uygunluk gerekçesi olarak ise sosyal ve psikolojik endikasyon, toplum tarafından geçerli kabul edilme, dini inanç ve eğitim özgürlüğü ve tüm bunların gerekçe oluşturduğu ebeveyn rızasına dayandırılarak hukuka uygun olduğu savunulmuştur⁶³³.

Anayasa'nın "Din ve vicdan hürriyeti" başlıklı 24. maddesinde⁶³⁴ "*Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14 üncü madde hükümlerine aykırı*

⁶³² ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 393.

⁶³³ Tüm bunların yanında, ayrıca 1219 sayılı Kanun'da sünnetçilere ilişkin düzenleme bulunmasının da kanun hükmünü yerine getirme şeklindeki hukuka uygunluk nedenine bir gerekçe olabileceği ifade edilmiştir. YERDELEN, Erdal: "Hukuki Açıdan Sünnet (Beschneidung)", TıpHD, (3), 2013, s. 48. Sünnetçilere ilişkin söz konusu maddeler yürürlükten kalkmış olsa da yetkili hekim tarafından sünnetin yapılabilmesine ilişkin düzenleme halen Kanun'da yer almaktadır.

⁶³⁴ "VI. Din ve vicdan hürriyeti

Madde 24 – Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir.” ifadeleriyle Anayasa’da çizilen sınırlar çerçevesinde ibadet, dini ayin ve törenlerin din ve vicdan hürriyeti kapsamında korunduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, kimsenin dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağı ve suçlanamayacağı yönündeki düzenlemeyle birlikte çocukların dini eğitim ve öğretiminin de yine Anayasa’da yer alan hükümler çerçevesinde, aileye bırakıldığı ifade edilmiştir. Bu çerçevede, çocuk sünnetinin ise din ve inanç hürriyetinin kullanılması kapsamında anne ve babanın bir tasarrufu olduğu düşüncesi mevcuttur⁶³⁵. Ancak gözden kaçırılmaması gereken kural, din ve vicdan özgürlüğünün kullanılırken Anayasa’nın 14. maddesine aykırılık teşkil etmemesi gerekliliğidir. Anayasa’nın 14. Maddesi, temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanımına ilişkindir⁶³⁶. Özellikle 2. fıkra, anayasada yer alan hükümlerden hiçbirinin anayasada tanınan temel hak ve özgürlüklerin ortadan kalmasına yol açacak veya Anayasa’da belirtilen sınırlardan daha geniş bir şekilde sınırlandırılması sonucunu doğuracak şekilde hareket etmesine imkân verecek şekilde yorumlanamayacağı vurgulanmıştır. Dolayısıyla, Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz.*” hükmünün din ve vicdan hürriyeti kapsamında çocuklar üzerinde

14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır.”

⁶³⁵ MEMİŞ KARTAL, Pınar: “The Legal Framework of Circumcision in Turkish Law”, LESIJ, 23(1), 2015, s. 148.

⁶³⁶ “III. Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması

Madde 14 – (Değişik: 3/10/2001-4709/3 md.)

Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.”

gerçekleştirilecek sünnet uygulamasıyla sınırlandırılması tartışılmalıdır ve kanaatimizce bu durum kabul edilemez.

Medeni hukuk açısından velayet kurumu çerçevesinde, anne ve babanın çocuğun dini eğitimini belirleme hakkına sahip oldukları kabul edilmektedir⁶³⁷. Bu hükümlerde sünnete ilişkin açık bir düzenleme yer almamakla birlikte din eğitiminin geniş yorumlanması söz konusu olduğunda, bu kapsamda bir değerlendirme yapılması mümkündür⁶³⁸. Burada dini eğitimden anlaşılması gereken iki boyut bulunmaktadır. Bunlar; dinin seçilmesi ve seçilen dine uygun bir eğitimin verilmesidir. Anayasa’da yer alan din ve vicdan özgürlüğünün bir parçası olarak kabul edilen bu hak, elbette ki sınırsız değildir. Zira anne ve baba bu konuda sahip oldukları velayet yetkisini kötüye kullanırlarsa ve çocuğun kişilik haklarına saldırı boyutuna varan bir durum söz konusu olursa, o halde velayetin kaldırılması dahi gündeme gelebilecektir⁶³⁹. Velayet kapsamında ebeveynin sünnet uygulaması için göstereceği rızanın hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu savunulmuş, anne ve babanın her ikisinin açıklayacağı rızaya dayanarak ve tıp biliminin gereklerine göre bu işlemin yapılmasının hukuka aykırı olmayacağı öne sürülmüştür⁶⁴⁰. Ayrıca TMK’nın 342. maddesinin 1. fıkrası kapsamında “*Ana ve baba, velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler.*” hükmüne binaen çocukların şahısvarlığına dair konuların da temsil yetkisi kapsamında kabul edileceği ve bu nedenle sünnet uygulamasında da tıbbi

⁶³⁷ “III. Dini eğitim

Madde 341- Çocuğun dinî eğitimini belirleme hakkı ana ve babaya aittir.

Ana ve babanın bu konudaki haklarını sınırlayacak her türlü sözleşme geçersizdir.

Ergin, dinini seçmekte özgürdür.”

⁶³⁸ MEMİŞ KARTAL, s. 150.

⁶³⁹ OĞUZMAN/DURAL, s. 279. Anne ve babanın bu konuda anlaşamamaları durumunda da devreye mahkeme girecek, hakim son kararı verecektir. AKINTÜRK/ATEŞ, s. 413.

⁶⁴⁰ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 393.

müdahaleye rızanın anne ve baba tarafından gösterilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir⁶⁴¹.

Tüm bunların yanında, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale” başlıklı 12. maddesine göre; teşhis, tedavi veya korunma amacı olmadan, vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek nitelikteki müdahaleler yapılamaz ve talep edilemez. Sünnet uygulaması açısından bu maddenin ele alınması ve özellikle tıbbi müdahalenin şartları kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bir görüşe göre, Türk hukukunda erkek çocuk sünnetine ilişkin herhangi bir hukuki düzenleme bulunmadığından, sosyal uygunluk teorisi çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak eylemin hukuka uygunluğundan veya tipiklik unsuru söz konusu olmadığından kasten yaralama suçunun oluşmayacağı savunulmaktadır⁶⁴². Başka bir görüşe göre ise, sünnet uygulamasının hukuka uygunluğu tartışmasında ilgilinin rızası ve hakkın kullanılması şeklindeki hukuka uygunluk nedenlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir⁶⁴³. Tıbbi zorunluluk nedeniyle sünnet uygulamasının gerçekleşmesi durumunda hem ebeveynin hem de hekimin TCK'nın 26. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “Hakkın kullanılması” hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde davranacağı ve bu nedenle fiilin hukuka uygun olacağı öne sürülmüştür⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 632-633. Sünnet konusunda, din özgürlüğü ile vücut dokunulmazlığını karşılaştırmanın hatalı olduğu; çocuğun sağlığını yalnızca vücut bütünlüğüne indirgeyerek psikolojik sağlığının ve sosyal çevresinin göz ardı edildiği ifade edilmiştir. YERDELEN, s. 69.

⁶⁴² NUHOĞLU, Sünnet, s. 218. *Özgenç*'e göre ise, erkek çocuklarına uygulanan sünnet tıbbi bir zorunluluk teşkil etmese bile tıbbi müdahale şartlarına uygun gerçekleştirilmesi koşuluyla kişinin sağlığı açısından olumsuz bir durum oluşturmamaktadır. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 391.

⁶⁴³ TULAY, M. Emre: “Çocuğun Sünnetinde Hekim ve Ebeveynin Cezai Sorumluluğu”, Ceza Hukuku Dergisi, (43), 2020, s. 589.

⁶⁴⁴ Aynı görüşe göre, hakkın kullanılmasına dayanılarak yapılan sünnet uygulamasında endikasyonun ve aydınlatılmış rızanın bulunması ve hekimin tıbbin gereklerine uygun şekilde davranması gerekmektedir. TULAY, s. 589. Kanaatimizce, tıbbi bir zorunluluk nedeniyle sünnet uygulamasının gerçekleştirilmesinin sıradan bir operasyondan farkı yoktur. Dolayısıyla bunu özel olarak sünnet uygulaması kapsamında değerlendirmek ve hakkın kullanılması gerekçesiyle hukuka uygun hale geleceğini ifade etmek yerine, doğrudan normal bir cerrahi müdahale olarak sınıflandırmak daha uygun olacaktır.

Rıza açısından durum ele alındığında ise, kişinin rızasının geçerli sayılabilmesi için üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin olması gerektiği göz önüne alındığında, özellikle kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar açısından vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerde çocuğun yakınları tarafından gösterilen rızanın geçerli olmayacağı ileri sürülmüştür. Özellikle çocuğun rıza beyanının hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması halinde, çocuğun rızasının hukuken geçerli olması gerektiği, tıbbi zorunluluk bulunmaması durumunda ebeveynin rızasının çocuğun kişilik haklarının önüne geçemeyeceği ifade edilmiştir⁶⁴⁵. Ebeveynin rızasının Türk hukukunda eylemin hukuka uygun olarak kabul edilmesinin yeterli olduğu ve bu konuda ayrı bir hukuki düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığı yönündeki görüşe göre, erkek çocuklarının sünneti toplumda kabul edilen bir eylemdir ve bu nedenle sünnet eyleminin cezalandırılması durumunda toplum vicdanının bundan rahatsız olacağı zira bu müdahalenin toplum gözünde zararlı bir eylem olarak görülmediği ve bu nedenle de cezalandırmanın amacına uygun olmayacağı, hatta erkek çocuklarının sünnet edilmemeleri durumunda arkadaşları ve çevresinde dışlanabileceği ve bu nedenle çocuğun zarar görebileceği savunulmaktadır⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵ TULAY, s. 591-593.

⁶⁴⁶ NUHOĞLU, Sünnet, s. 219. TANERİ, Gökhan: Uygulamadan Örnek Hükümlerle Türk Hukukunda Hekim Ceza Sorumluluğu, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, S. 113-114. Sünnetin çocuğun vücut bütünlüğüne ve refahına bir müdahale olduğu yönündeki düşüncüyü eleştiren bir görüşe göre, çocuğun sünnet olmaması durumunda içinde yaşadığı toplumun gereklerine uygun davranmama nedeniyle karşılaşabileceği psikolojik sorunların dikkate alınmaması sonucunu doğuracak bu durum eksik bir değerlendirme yapmaktadır. Yazar sünnet olmamayı toplumsal açıdan değerlendirirken, askere gitmeme ve evlenmeme gibi örnekleri de vererek bunların toplumdan dışlanma nedeni olabileceğini öne sürmektedir. YERDELEN, s. 65. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda, ebeveynlerden birinin diğerinin bilgisi dahi olmaksızın çocuklarını sünnet ettirmesinin diğer ebeveynin sahip olduğu görüşme hakkı ve babalık duygusu tatmininin engellenmesi amacını taşıdığı ifade edilmiştir. Bu karar, sünnetin Türk örf ve adetinde yeri olduğu ve hak olarak nitelendirildiği şeklinde yorumlanmıştır. Kararı aktaran ve yorumlayan MEMİŞ KARTAL, s. 151.

Sünnetin hukuka uygunluğu açısından Türk hukuk öğretisinde “sosyal endikasyon”⁶⁴⁷ adı verilen bir gerekçeyle ve ayrıca sünnetçiler hakkında kanuni düzenlemelerin bulunması gerekçe gösterilerek, bu uygulamanın hukuka uygun kabul edilebileceği ifade edilmektedir⁶⁴⁸. Sünnet uygulamasından bağımsız olarak sosyal uygunluk çerçevesinde düşünülecek olursa, bu gibi hallerde, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle CMK’nın 223. maddesinin 4. fıkrası gereğince ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilebileceği ifade edilmiştir⁶⁴⁹. Eğer sünnetin de sosyal uygunluk teorisi kapsamında kabul edilmesi söz konusu olursa, bu maddenin uygulanması sonucunda müdahaleyi gerçekleştiren veya buna rıza gösteren kişiler hakkında kasten yaralamadan dolayı mahkumiyet kararı verilmesi yerine ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekecektir ki kanımızca bu durum isabetli değildir⁶⁵⁰. Her ne kadar erkek çocuklarına sünnet uygulamasının gerçekleştirilmesi toplumda kabul gören bir eylem olsa da, çocuğun bedeni üzerinde ve geleceğini etkileyen bir müdahalenin, hele ki kendi kararını verebileceği bir yaşa dahi gelmeden gerçekleştirilmesinin sosyal olarak uygun kabul edilmesi kanaatimizce doğru değildir.

⁶⁴⁷ “Sosyal endikasyon” kavramının çocuk düşürme suçu açısından da kullanıldığı görülmüştür. Bu çerçevede, tıbbi zorunluluğun bulunmadığı durumlarda on hafta veya on haftadan daha kısa süreli gebeliklerin sonlandırılmasının “sosyal endikasyon” kavramıyla açıklanabileceği, ancak bunun bir hukuka uygunluk sebebi olarak adlandırılmayacağını, zorunluluk hali kapsamında kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak değerlendirilmesi gerektiği öne sürülmüştür. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 372.

⁶⁴⁸ ERMAN, s. 204. HAKERİ, Tıp Hukuku C.I, 541. Sünnetin hukuka uygunluğunu temellendiren diğer görüşler için bkz. YERDELEN, s. 48, 49. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’da 2014 yılına kadar sünnetçilerle ilgili özel maddeler bulunmaktayken, 2014 yılında bu maddeler ilga edilmiş ve sünnet uygulamasının hekimlerce yapılabileceğini düzenleyen 3. maddenin devamına şu hüküm eklenmiştir. “Ancak, olağanüstü ve istisnai hâllerde Sağlık Bakanlığınca düzenlenecek eğitimi alan kimseler tarafından hekim gözetiminde sünnet uygulaması yapılmasına Bakanlıkça izin verilebilir.” Dolayısıyla, Kanun’da sünnetçilere ilişkin özel bir hükmün artık bulunmamaktadır. Bu maddenin sünnetin cezalandırılabilir bir eylem olmamasının gerekçesi olarak kabul edildiğine dair görüş için bkz. DEDE, s. 140.

⁶⁴⁹ AKBULUT, s. 276.

⁶⁵⁰ Sünnetin yaralama suçunu teşkil ettiği yönünde bkz. MEMİŞ KARTAL, s. 151. Sünnetin sosyal uygunluk çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmesinin, fiilin kasten yaralama olarak değerlendirilmesi konusunda bir engel teşkil ettiği ve bu nedenle yasal bir düzenlemeyle konuya açıklık getirilmesi gerektiği yönünde bkz. MEMİŞ KARTAL, s. 153-154.

Bunun yanında, Anayasa'nın 17. maddesi ile tıbbi müdahalelerin şartları ele alındığında, sünnet uygulamasında tıbbi bir zorunluluk bulunmaması da bu uygulamanın hukuka aykırı olduğu yönünde bir destek olacaktır. Yalnızca rızaya dayalı olarak bir hukuka uygunluk, sünnet açısından kabul edilmemelidir. Zira burada rızanın çocuk tarafından değil ebeveyn tarafından verilmesi söz konusudur ve daha önce açıklandığı üzere bir tıbbi zorunluluk bulunmaksızın çocuğun vücut bütünlüğü üzerindeki tıbbi müdahalelere onay verilmesi kişilik hakkının ihlalini oluşturabileceğinden, ebeveyn rızasının tek başına eylemi hukuka uygun hale getirdiği kabul edilmemelidir. Sünnetin ayrıca örf ve adete dayanılarak gerçekleştirilmesi ve tıbbi bir zorunluluk bulunmaksızın yapılmasının fiilin hukuka uygun kabul edilmesini güçleştirdiği savunulmaktadır⁶⁵¹.

3.2.3.3.2 Kadının Genital Sakatlanması (Kadın Sünneti)⁶⁵²

Kadının genital sakatlanması, günlük dilde “kadın sünneti” olarak ifade edilmektedir. İngilizcede “Female genital mutilation” şeklinde bir kullanım tercih edilirken, “female circumcision” şeklindeki kullanıma da rastlanmaktadır⁶⁵³. Kadının genital sakatlanması, sosyokültürel ve geleneksel nedenlerle, herhangi bir tıbbi gerekçe

⁶⁵¹ MEMİŞ KARTAL, s. 151.

⁶⁵² Kavramın orijinali “Female Genital Mutilation” olup “Kadının genital sakatlanması” olarak çevrilebilir. “Kadının genital yaralanması” şeklindeki kullanım için bkz. ÖRNEK BÜKEN, s. 17, “Kadının cinsel sakatlanması” şeklindeki kullanım için bkz. SEYMEN ÇAKAR, Ayşen: “Kadının İnsan Haklarından Bir Sapma Örneği: Kadının Cinsel Sakatlanması”, TBB Dergisi, (151), 2021, s. 361. “Genital” sözcüğü TDK’ya göre üreme ile ilgili, üreme organlarına ait, üreme anlamlarında kullanılmaktadır. Dolayısıyla “genital” sözcüğünü “cinsel” olarak çevirmek kanımızca kavramı tam karşılamamakta ve farklı anlaşılmalara yol açabilecektir. Dolayısıyla bu çalışmada “genital” sözcüğü kullanılacak ve kavram “kadının genital sakatlanması” olarak ifade edilecektir.

⁶⁵³ UNICEF ve WHO raporlarında “female genital mutilation” kavramı kullanılmaktadır. “Female circumcision” kullanımı için bkz. SHWEDER, Richard A.: “What About ‘Female Genital Mutilation’? and Why Understanding Culture Matters in the First Place”, Engaging Cultural Differences: The Multicultural Challenge in Liberal Democracies (Ed. Richard A. SHWEDER, Martha MINOW, Hazel Rose MARKUS), Russell Sage Foundation, New York 2002, s. 218. Kadın sünneti kavramının daha ziyade Müslüman yazarlar tarafından kullanıldığı, uygulamanın bu şekilde isimlendirilmesinin dini bir gerekçeye sahip olduğu yönünde algılara sebep olabileceği ve bu nedenle dini bir uygulama şeklinde anlaşılabileceği, genital sakatlanmanın ise uygulamanın bir insan hakkı ihlali olduğuna vurgu yaptığı konusunda bizim de katıldığımız görüşü için bkz. SEYMEN ÇAKAR, s. 365.

veya zorunluluk olmaksızın kadının dış genital bölgesinde gerçekleştirilen çeşitli işlemleri ifade etmektedir⁶⁵⁴. Dünya Sağlık Örgütü'ne göre kadının genital sakatlanması uygulamasının 4 türü mevcuttur⁶⁵⁵:

- Tip 1: Kadın cinsel organının hassas bir parçası olan klitoris dış ve görünen kısmının (klitoral glans) ve/veya kadın cinsel organını çevreleyen deri kıvrımı olan klitoral başlığın kısmen veya tamamen çıkarılması.
- Tip 2: Vulva derisinin dış kıvrımlarının (labia majora) alınarak veya alınmayarak, vulvanın iç kıvrımlarının (klitoral glans ve labia minör) kısmen veya tamamen çıkarılması.
- Tip 3: Vajinal açıklığın mühür gibi bir örtü oluşturularak daraltılması. Bu işlem “infibülasyon” olarak da adlandırılmaktadır. Bu örtü, klitoral başlık çıkarılarak veya çıkarılmadan, bazen dikiş yoluyla, iç dudakların veya dış dudakların kesilmesi ve yeniden konumlandırılması yoluyla oluşturulur.
- Tip 4: Tıbbi olmayan amaçlarla kadın cinsel organına yönelik diğer tüm zararlı prosedürleri içerir; örneğin genital bölgeyi iğnelemek, delmek, kesmek, kazımak ve dağlamak.

3.2.3.3.2.1 Tarihçe

Tarihsel açıdan kadının genital sakatlanması uygulamasının ilk olarak ortaya çıkışına dair detaylı bilgi bulunmadığı ancak bu uygulamanın gerçekleştirildiğine dair kanıtların Mısır'daki milattan önceye dayanan bazı kadın mumyalar üzerinde elde edildiği, benzer şekilde duvar resimlerinde de resmedildiği dolayısıyla da bir gelenek

⁶⁵⁴ ÖRNEK BÜKEN, s. 19.

⁶⁵⁵ World Health Organization, Female Genital Mutilation Report, 5 February 2024, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> (e.t. 28.04.2024).

halinde uzun yıllardır uygulandığı ifade edilmiştir. Kadının genital sakatlanmasının Afrika'nın tropikal bölgeleri, Filipinler, Yukarı Amazon kabileleri ve Avustralya'da bulunan *Arunta* kabilesi kadınları üzerinde uygulandığı da belirtilmiştir. Afrika'daki kabilelerin inançları doğrultusunda ortaya çıkmış olan kadının genital sakatlanması eyleminin Kuran'da herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen İslam coğrafyalarında da uygulanmaya devam edildiği ifade edilmiştir. İslam coğrafyaları dışında ise kadının genital sakatlanması eyleminin dini olmaktan ziyade kültürel bir uygulama olarak varlığını sürdürdüğü tespit edilmiştir⁶⁵⁶.

Kadının genital sakatlanması uygulamasının Arap kültüründe İslamiyet öncesine dayandığı, bu uygulamanın İslamiyet sonrasında da devam ettiği ifade edilmektedir⁶⁵⁷. İslamiyet öncesi Arap kültüründe bu uygulamanın mevcut olduğunun Arap dilinde yerleşmiş kavramlardan da anlaşılabileceği, Kuran'da bu uygulamaya ilişkin bir ifade yer almasa da hadisler ve rivayetlere göre bu uygulamanın ve ardından “sünnet” merasimlerinin yapıldığına dair bilgilerin başta hadis kaynakları olmak üzere çeşitli tarih, tefsir ve fıkıh kaynaklarında da yer aldığı belirtilmektedir⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ SOYER, Senem: “Kadın Sünneti: Kültürel Dayanakları ve Yol Açtığı Sorunlar”, EKEV Akademi Dergisi, 18(60), 2014, s. 404.

⁶⁵⁷ SARI, Necmi: “İslâm Öncesi ve Sonrası Dönemde Araplarda Kadın Sünneti”. İhya Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi, 8(2), 2022, s. 1035. Bu uygulamanın cahiliye döneminde başlamış ve İslamiyet sonrasında da devam etmiş bir örf olduğuna dair bkz. KIRIŞ, Şemsettin: “Bir Sünnet Türü ile İlgili Hadislerin Günümüz Şartlarında Değerlendirilmesi”, Hadis Tetkikleri Dergisi (HTD), 18(1), 2020, s. 10.

⁶⁵⁸ Hz. İbrahim'in iki eşi arasındaki husumetten dolayı eşlerinden biri olan Hz. Sare'nin diğer eş Hz. Hacer'i sünnet ettiği, bu çerçevede, sünnet olan ilk kadının Hz. Hacer olduğu, önemli bir kaynak olan *Taberi*'de rivayet edilmiş, Tevrat'ta buna ilişkin bir bilgi yer almasa da *Taberi*'nin bu bilgiyi farklı bir kaynaktan elde etmiş olabileceği ifade edilmiştir. *Taberi*'den aktaran SARI, s. 1035. *Taberi* ve bu rivayetini aktardığı kaynak olan “Târîhu'l-ümem ve'l-mülûk” hakkında detaylı bilgi için bkz. Taberî, Muhammed b. Cerîr, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, 39. Cilt, 2010, ss. 319-320. <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/39/C39023135.pdf> (e.t. 26.04.2024). “Târîhu'l-ümem ve'l-mülûk”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, 40. Cilt, 2011, ss. 92-94. <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/40/C40013044.pdf> (e.t. 26.04.2024). Kadın “sünneti”nin özellikle Mısır ve Sudan'daki uygulamalar neticesinde 1950'li yıllardan itibaren tartışma konusu olmaya başladığına dair bkz. KIRIŞ, s. 7.

Arap dilinde kadının genital sakatlanmasına ilişkin sözcüklerin varlığı da hem İslamiyet öncesi hem de İslamiyet sonrası Arap toplumunda kadınlarda “sünnet” uygulamasının varlığına bir delil olarak gösterilmiştir⁶⁵⁹. Cahiliye dönemi olarak adlandırılan dönemde Arapların hem sağlık açısından hem de kız çocuklarının bu sayede iffetlerini koruyacağı düşünüldüğünden genital sakatlamanın gerçekleştirildiği ifade edilmektedir. İslamiyet sonrasında aktarılanlara göre ise, İslam peygamberi Hz. Muhammed’in Medine’de kız çocuklarını “sünnet” eden bir kadına *“Derin kesme. Zira derin kesmemen kadın için daha çok lezzet vesilesidir; koca için de daha makbûldür.”* şeklinde bir emir vermiş olmasının hadislerde yer almasından yola çıkılarak ve bu tür rivayetlere birçok hadis kaynağında rastlandığı dile getirilerek kadının genital sakatlanmasının bu kapsamda meşru bir uygulama olduğu belirtilmiştir⁶⁶⁰. Ayrıca bu uygulamanın usulüne göre yapıldığı durumlarda kadının cinsel arzusunu azaltacağı ve normalleştireceği, cinsel ilişkiyi zevkli hale getireceği ve kadının kocasına karşı ilgisini artıracığı aktarılmıştır. Konuyla ilgili hadislere bakılacak olursa; İslam Peygamberi Hz. Muhammed’e dair hadislerden aktarılan *“Sünnet ederken yukarıdan kes; fazla derine inme. Çünkü bu, yüzün parlak/aydın olmasını sağlar, kocanın gözünde de kadını daha cazip ve çekici kılar.”*, *“Kıyâmet günü kadınların hesaba çekileceği ilk şey namaz, ikincisi kocasının rızası, üçüncüsü ise sünnet edilip edilmediğidir.”* ile *“Sünnet olmak erkekler için bir sünnet, kadınlar için bir mekrumedir (fazilettir/ikramdır).”* şeklinde

⁶⁵⁹ SARI, s. 1038. Örneğin; Arapçada “hitân” sözcüğünün hem erkek hem de kadınlarda cinsel organın ucundaki derinin bir miktar kesilmesi ya da kesilen yeri tanımlamak için kullanılması, “hâtine” veya “hattâne” sözcüklerinin kadın sünnetçiler için kullanılması, kadın sünnetine “hafd” veya “hifâd” adı verilmesi, sünnet edilmiş kadın için “mahtûne” sözcüğünün kullanılması, sünnetsiz kadınlara “ğalfâ” veya “kalfâ” veya denmesi, Arapların hakaret amacıyla ve kişinin annesinin aşırı şehvetli bir kadın olduğunu vurgulayarak kötülemek amacıyla “Ey sünnetsiz kadının oğlu/çocuğu!” ifadesini kullanmaları Araplarda kadın sünnetinin dile yerleşecek kadar sıklıkla gerçekleşen bir uygulama olduğunu yönünde çıkarımlar yapılmasını sağlamıştır. Bu çıkarımlar ve konuyla ilgili kaynaklar için bkz. SARI, s. 1036.

⁶⁶⁰ SARI, s. 1039 vd.

rivayet edilen sözleri, Uhud savaşında Hz. Hamza'nın *"Ey Sibâ'! Ey buzûr kesicisi (kadın sünnetçisi) kadının oğlu buraya gel!"* sözünü içeren çağrısı, Hz. Ömer'in "sünnetçi" bir kadının hatalı uygulama yapması sonucunda ortaya çıkan zarardan dolayı söylediği söze ilişkin rivayete göre, *"Kızları sünnet eden sünnetçi bir kadın vardı. Bir gün bu sünnetçi kadın, sünnet ettiği bir kız çocuğuna zarar verdi. Bunun üzerine Hz. Ömer sünnet ettiği kız çocuğuna verdiği zararı bu sünnetçi kadına tazmin ettirdi ve (ona) şöyle dedi: Dikkatli davranıp bunu böylece bıraksaydın ya! (derinin birazını bırakıp dibinden kesmeseydin ya!)"* ifadesi, Hz. Ali'nin "sünnet" edilen bir kız çocuğuna verilen zararın "sünnetçi" kadın tarafından tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmesi, İslamiyet döneminde de kadının genital sakatlanması uygulanmasına dair kanıtlar olarak ifade edilmiştir⁶⁶¹.

Bununla birlikte, kadının genital sakatlanmasına ilişkin hadislerin zayıf olduğuna dair görüşler de bulunmaktadır. Örneğin Riyad Üniversitesi öğretim üyesi *Muhammed Sabbağ*, bir çalışmasında hekimlerin kadının genital sakatlanması uygulamasını sakıncalı bulduklarını ve bu müdahalenin cinsel organın şeklini bozduğunu, uygulamanın kadınlarda veya kız çocuklarında çeşitli olumsuz psikolojik sonuçlara da yol açabildiğini ifade etmiştir. Bir diğer düşünceye göre, uygulamanın aktarıldığı hadislerden birini rivayet eden kişinin zamanında dört bin hadis uydurduğu ve zındıklıktan idam edildiği, bu nedenle söz konusu hadislerin de zayıf veya uydurma olmasının ihtimal dahilinde olduğu öne sürülmüştür⁶⁶².

⁶⁶¹ Kaynaklardan aktaran ve yorumlayan SARI, s. 1040-1049. Konuyla ilgili çeşitli kaynakların yorumu için ayrıca bkz. KIRIŞ, s. 10-16.

⁶⁶² Bu eleştirileri aktaran KIRIŞ, s. 17. Bu hadislerin sahih olmadığına dair bir başka düşünce için bkz. SOYER, s. 407.

3.2.3.3.2 Dünyadaki Güncel Uygulamalar

Güncel verilere göre, kadının genital sakatlanması uygulamasının gerçekleştirildiği Afrika, Orta Doğu ve Asya'daki 30'dan fazla ülkede yaklaşık 200 milyondan fazla kadının bulunduğu, genellikle kız çocuklarının bebeklikten 15 yaşına kadarki bir zamanda bu uygulamanın mağduru oldukları, halen 3 milyon kız çocuğunun bu uygulamanın tehlikesi altında bulunduğu ve bunun küresel bir sorun olduğu belirtilmiştir⁶⁶³. Kadınların yalnızca Afrika kıtasında değil, aynı zamanda Avrupa'da ve ABD'de de bu uygulamaya maruz kaldığı, bunu bir sır olarak sakladıkları ve hiçbir yerde dile getiremedikleri ifade edilmiştir. Kadının genital sakatlanması uygulamasında Mısır, Etiyopya, Gambiya, Mali ve Sierra Leone'de %80 ila %98'lik bir oranda ulusal yaygınlık tespit edilmiştir⁶⁶⁴. 2016 yılında UNICEF tarafından yayınlanan raporda, elde edilen verilere göre bu uygulamaya maruz kalan 44 milyon civarında 14 yaş altı kız çocuğunun bulunduğu, en yaygın olarak Gambiya'da %56, Moritanya'da %54, Endonezya'da ise 11 yaş altındaki kız çocuklarının yaklaşık yarısının bu uygulamaya maruz bırakıldığı, 14 yaşından kız büyük çocukları ve kadınlarda ise Somali'de %98, Gine'de %97 ve Cibuti'de %93 oranında bir uygulama olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte, kadınların genital sakatlanması uygulamasına karşı bir duyarlılık geliştiği, 15-19 yaş grubu kız çocuklarında uygulamanın son 30 yıl içinde azalmaya başladığı, örneğin

⁶⁶³ World Health Organization, Female Genital Mutilation Report, 5 February 2024, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> (e.t. 28.04.2024).

⁶⁶⁴ SHWEDER, s. 218-222. 1938 yılında, daha sonraları sömürgecilik sonrası Kenya'nın ilk başkanı olacak Jomo Kenyatta'nın antropoloji alanında yazdığı doktora tezinde, *Gikuyu* kabilesindeki evlilik öncesi cinsel uygulamalar ile hem erkek hem de kadın sünnetinden bahsetmiş, bu uygulamanın kabile hukuku, din ve ahlak öğretisinin olmazsa olmaz koşulu olarak kabul edilen bedensel bir işaret olduğunu belirtmiş, hiçbir *Gikuyu* erkeğinin veya kadınının sünnet olmayan biriyle cinsel ilişkiye girmeyeceği veya evlenmeyeceği, uygulamanın birçok Afrikalı kız ve erkek çocuk için yetişkinliğe geçişte sorumluluk altına girmelerini sağlayan bir adım olarak kabul edildiği ve *Gikuyu*'ların bu geleneği savunan güçlü, eğitimli bir topluluk olduğunu ifade etmiştir. KENYATTA, Jomo, Facing Mount Kenya: The Tribal Life of Gikuyu, Mercury Books, Third Impression, London 1965, s. 131-132.

Liberya’da %41, Burkina Faso’da %31, Kenya’da %30 ve Mısır’da %27 oranında bir azalmanın gözlemlendiği de belirtilmiştir. Ayrıca 2008 yılından itibaren 20 ülkede bulunan binlerce yerel topluluğun bu uygulamadan vazgeçtiklerine dair açıklamalar yaptıkları, 5 ülkenin de uygulamayı yasal düzenlemelerinde suç olarak kabul ettikleri aktarılmıştır. Ancak yine de bunun yeterli olmadığı, halen uygulamanın tehdidi altında olan milyonlarca kadın bulunduğu da ifade edilmiştir⁶⁶⁵.

Bazı topluluklarda kadınlara yapılan bu uygulamanın bir sakatlama olarak değil, kadının cinsel gelişimine dair bir müdahale şeklinde kabul edilmesi söz konusu olmuş, “sünnetsiz” bir kadının cinsel organı çirkin kabul edilmiş, bu gibi toplumlarda bir kadına sünnetsiz” ya da bir erkeğe “sünnetsiz” bir annenin oğlu demenin büyük bir hakaret olduğu ifade edilmiştir. Örneğin Mısır’ın kırsal ve kentsel bölgelerinde yapılan bir görüşmede “sünnetli” kadınların kendi kızlarına da bu uygulamayı yaptırmayı düşündükleri, “sünnet” olduğu için bundan üzüntü duyan çok az sayıda kadının olması ve hatta bu kadınların bile Mısır’daki kadınların en büyük sorununun kadının genital sakatlanması olduğuna dair bir düşüncelerinin bulunmadığı tespit edilmiştir. Bu uygulamayı kadınların da benimsemiş olmasında kültürel mirasın veya dinin önemli olarak görülmesi ve bunun bir insan hakkı ihlali olarak düşünülmemesi yatmaktadır. Somali ve Sudan’da ise kadınlar “sünnetin” kendilerini iyileştirdiğine, daha kadınsı, daha medeni ve daha onurlu hale getirdiğine inanmakta, vücutlarının bu sayede bir fazlalıktan kurtulduğunu, hatta “sünnet” edilen parçaların erkek anatomisinin bir kalıntısı olarak görüldüğü için çıkarılması gerektiğini düşünmektedirler. Ayrıca kişinin şehvet

⁶⁶⁵ UNICEF: Kadınlarda genital mutilasyonla ilgili yeni istatistiksel rapor bu zararlı uygulamanın küresel bir sorun olduğuna işaret ediyor (Kadınlarda Genital Mutilasyon (KGM)/Kesme: Küresel bir Sorun), 5 Şubat 2016, <https://www.unicef.org/turkiye/basin-bultenleri/unicef-kadınlarda-genital-mutilasyonla-ilgili-yeni-istatistiksel-rapor-bu-zararli> (e.t. 28.04.2024).

duygularını ve cinsel isteğini dizginlediği, kişinin bu yöndeki dürtülerini kontrol altına almasını sağladığı için medeni bir uygulama olarak görülmüş, kişinin soyunu sürdürme ve üremenin kaynağı olduğu için kadın rahmine değer verilmesi şeklinde değerlendirildiğinden onurlu bir davranış olarak kabul edilmiş ve Mali, Somali, Mısır, Kenya, Çad gibi ülkelerde kadınların, müdahale edilmemiş cinsel organları çirkin, kaba, onursuz, medeniyet dışı olarak gördükleri tespit edilmiştir⁶⁶⁶.

Kadınların genital sakatlanması uygulamasının kız çocuklarına hangi yaşta ve nasıl uygulanacağına dair farklı kültürlerdeki uygulamalar değişkenlik göstermektedir. Örneğin; klitorisin tüm görünür kısımlarının ve tüm dış dudakların çıkarılması suretiyle genital bölgenin tamamen pürüzsüzleştirilmesi şeklinde bir uygulama yapılabilmektedir. Somali ve Sudan’da doğurganlığı artırmak, vajinal açıklığı sıkılaştırmak ve rahmi korumak amacıyla vajinal açıklık dikilmektedir. “Firavun sünneti” olarak da adlandırılan bu ikinci örnek, çok sık rastlanan bir uygulama değildir ve Afrika kıtasındaki uygulamaların yaklaşık %15’ini oluşturduğu tahmin edilmektedir⁶⁶⁷.

Uygulamanın tıbbi hiçbir yararı olmadığı, aksine zararları olduğu Dünya Sağlık Örgütü tarafından açıklanmıştır. Uygulama esnasında ortaya çıkabilecek komplikasyonlar; aşırı kanama, genital doku şişmesi, ateş, tetanos riski, enfeksiyonlar, idrar sorunları, yara iyileşme sorunları, çevredeki genital dokuda yaralanma, şok ve hatta ölümdür. Uzun vadede ise idrar sorunları, vajinal problemler (akıntı, kaşıntı, bakteriyel vajinoz gibi); adet sorunları (ağrılı adet görme, adet kanının geçişinde zorluk vb.), cinsel sorunlar (ilişki sırasında ağrı, tatminin azalması vb.), doğum komplikasyonları riskinde

⁶⁶⁶ SHWEDER, s. 221-224. Yapılan araştırmalarda, kadınların “sünneti” savunurken, vajinanın “sünnet” öncesindeki durumunu “iğrenç” olarak nitelendiği görülmüştür.

⁶⁶⁷ SHWEDER, s. 224.

artış (zor doğum, aşırı kanama, sezaryen, bebeği hayata döndürme ihtiyacı vb.) ve yenidoğan ölümleri, ileriki zamanlarda çeşitli ameliyatlara ihtiyaç duyulması (örneğin, vajinal açıklığın kapatılması veya daraltılması şeklindeki uygulamalarda kapalı vajinanın daha sonra cinsel ilişki ve doğum için kesilerek açılması gerekebileceği, bazen de genital dokunun doğumdan sonra da dahil olmak üzere kadın tekrar tekrar açma ve kapama prosedürlerinden geçebileceği, bunun da riskleri daha fazla artıracak ifade edilmiştir), psikolojik sorunlar (depresyon, kaygı, travma sonrası stres bozukluğu, düşük özgüven vb.) olarak tespit edilmiştir⁶⁶⁸.

Dünya Sağlık Örgütü, uygulamanın tıbben uygun şekilde gerçekleştirilmesine dair bazı gerekçeler sunmuştur. Özellikle bu uygulamanın tamamen kaldırılmasına yönelik bir adım olarak adlandırdıkları bu uygulamada komplikasyon riskinin azalacağı düşüncesi, uygulamayı gerçekleştirecek sağlık çalışanlarının kendilerinin de bunu uygulayan toplulukların üyeleri olması ve aynı sosyal normlara tabi olmaları gibi durumların uygulamada etkili olabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca DSÖ'nün desteği ve eğitimi ile birçok sağlık hizmeti sağlayıcısının aileleri ve topluluklarıyla birlikte uygulamanın terk edilmesine dair birer savunucu olacağı inancı bulunmaktadır⁶⁶⁹. Kadının genital sakatlanmasının sayılan olumsuz sonuçları ve dünya üzerinde birçok kadının bu uygulamaya sağlıksız şekillerde maruz kalması nedeniyle, DSÖ tıbbileştirilmiş bir kadın genital sakatlanması uygulaması önermektedir ve bu sayede uygulamanın ortadan kalkacağına dair çalışmalara imkân sağlayacağı ifade edilmektedir. Kanaatimizce bu uygulama kadının kendi vücudu üzerinde, hatta birçok durumda kendi isteği ve kararıyla

⁶⁶⁸ World Health Organization, Female Genital Mutilation Report, 5 February 2024, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> (e.t 28.04.2024).

⁶⁶⁹ World Health Organization, Female Genital Mutilation Report, 5 February 2024, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> (e.t. 28.04.2024).

gerçekleştirilen, hiçbir tıbbi gerekçesi olmayan bu uygulamanın yasallaştırılarak tıbbi kurallara uygun şekilde gerçekleştirilmesinin hiçbir etkisi olmayacaktır. Önemli olan, kadınlara bu uygulamanın hem tıbben gerekli olmadığını anlatmak hem de olumsuz sonuçları hakkında bilgi ve eğitim vermektir, bu sayede uzun vadede uygulamadan vazgeçilebilmesi mümkün olabilecektir. Uygulamanın yaygın gerçekleştiği ülkelerde ise çözüm ciddi hukuki yaptırımların getirilmesidir. Kültürel gerekçelerle uygulamanın yüksek oranlarda gerçekleştirildiği ülkelerde ise bilinçli yerel yöneticilere ihtiyaç bulunmaktadır.

Uygulama, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (bilinen adıyla İstanbul Sözleşmesi)’nin 38. maddesinde “Kadın sünneti” başlığı altında açıkça düzenlenmiş ve yasaklanmıştır. Taraf ülkelere ciddi bir sorumluluk yükleyen Sözleşme’ye göre taraf devletler; kadının “labia majora, labia minora” veya klitorisinin tümünün kesilip çıkartılması, “labia majora”nın kenarlarının birleştirilmesi veya başka türlü bir kesmeye tabi tutulması, bir kadının bu eylemlerden birine maruz kalmaya zorlanması veya bu eylemlerin bir kadına yaptırılması, bir genç kızın bu eylemlerden herhangi birine teşvik edilmesi, zorla maruz bırakılması veya bunların bizzat kendisine uygulatılması eylemlerinin kasten gerçekleştirilmesi halinde bu eylemlerin cezalandırılmasını temin etmek üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri almakla yükümlü kılınmışlardır⁶⁷⁰.

⁶⁷⁰ Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi 38. Madde, Avrupa Konseyi Sözleşmeler Dizisi - No. 210, <https://rm.coe.int/1680462545> (e.t. 27.04.2024). Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin 11 Mayıs 2011 tarihinde imzalayarak taraf olduğu bu Sözleşme’nin, 20 Mart 2021 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan 3718 sayılı Cumhurbaşkanı kararıyla Türkiye açısından feshedilmesine karar verilmiştir. RG. T. 20.03.2021, S. 31429. Bu kararın iptali için Danıştay’da açılan dava sonucunda Danıştay 10. Dairesi tarafından “Anayasa tarafından verilen temsil yetkisi ve 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine istinaden tesis edilmiş olan dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararında hukuka aykırılık bulunmadığı ve davanın reddine karar verilmesi gerektiği

Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesi'nden çekilmesi, ülkede gerçekleştirilebilecek kadın genital sakatlanması uygulamaları açısından endişe vericidir. Her ne kadar bu eylem kasten yaralama suçunu oluşturuyor olsa da uygulamada kız çocukları açısından ebeveynin rızasının bulunması dolayısıyla tıpkı erkek çocuk sünnetinde olduğu gibi dini referanslar öne sürülerek hukuka aykırı bulunmaması ihtimal dahilindedir. Önemli bir üreme sağlığı sorunu olarak kabul edilen kadın sünneti, Türkiye'ye Afrika veya Orta Doğu ülkelerinden gelen göçlerle yakın gelecekte rastlanılması mümkün olan bir uygulamadır. Dolayısıyla bu konuyla ilgili olarak devletin çeşitli önlemler alma zorunluluğu kaçınılmazdır⁶⁷¹.

Kadın sünneti olarak da ifade edilen kadının genital sakatlanması uygulaması, geniş anlamda bir insan hakları ihlali, dar anlamda ise çocuk hakları ihlali olarak ifade edilmiştir. Özellikle çocuk yaşta gerçekleştirilen bu uygulamada kız çocuklarının herhangi bir söz hakkı sahibi olmamaları, uygulamanın gerekçesi olarak din, gelenek, sağlık gibi unsurlar gösterilerek aslında ciddi zararları ve sonuçları olan bir eylemin gerçekleştirilmesinin hukuki bir dayanağının bulunmadığı aşıkardır. Özellikle tıbbi

sonucuna varılmıştır.” gerekçesiyle reddedilmiştir. Danıştay 10. D., T. 23/06/2022, E. 2021/2553, K. 2022/3524, <https://karararama.danistay.gov.tr> (e.t. 28.04.2024). Bunun üzerine Danıştay kararına karşı Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz başvurusu yapılmış ancak bu başvuru da “...incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.” denerek reddedilmiştir. Danıştay İ. D. D. K., T. 19/12/2022, E: 2022/3157, K: 2022/3782, https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/istanbul_sozlesmesi_temyiz_ret.pdf (e.t. 28.04.2024). Dolayısıyla bugün itibarıyla İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti'nde uygulanması mümkün olmayacaktır ve bu kapsamda, kadın sünnetini yasaklayan bu hükümlerin Türkiye açısından bir bağlayıcılığı da bulunmamaktadır. Bu çekilmenin uluslararası basına olumsuz yansımaları hakkında bkz. ÜÇLER, Nevra/BÜYÜKÇELİKOK, Türkan Öykü: “Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesi'nden Çekilmesi Kararının Dünya Basınında Yansımalarının İnsan ve Kadın Hakları Yönünden Ülke İtibarına Etkisi Üzerine Bir İnceleme”. İletişim Çalışmaları Dergisi, C:9, S:3, (2023), s. 411 vd.

⁶⁷¹ Bunun yanında, kadın genital sakatlanmasının uygulandığı ülkelerden çeşitli nedenlerle gelen kadınların da Türkiye'de bu işlemin düzeltilmesine yönelik talepleri olabilecektir. Örneğin; Sudan'lı bir öğrencinin kendisine uygulanmış olan bu müdahalenin düzeltilmesi talebinde bulunduğu bir vakaya ilişkin Türkiye'de yapılan düzeltme uygulamasının olgu şeklinde aktarıldığı bir çalışma için bkz. AKSU, M. Feridun/ORAL, Engin: “Kadın Dış Genital Organına Uygulanan Kısıtlayıcı Tahripkar Sünnet Şekilleri (Bir Üreme Sağlığı Sorunu): Olgu Sunumu”, Cerrahpaşa Tıp Dergisi, C:29, S:2, (1998), <https://cerrahpasamedj.org/Content/files/sayilar/131/131-718.pdf> (e.t. 28.04.2024).

herhangi bir zorunluluk bulunmadan ve son derece sağlıksız şekillerde gerçekleştirilen bu uygulama neticesinde travmalarla karşı karşıya kalacak olan kız çocuklarının ileriki yaşamlarında ciddi sağlık sorunlarıyla ve hatta kimi zaman ölümle sonuçlanan durumların ortaya çıkmasına neden olmaktadır⁶⁷².

3.2.3.3.3 Değerlendirme

Sünnet uygulamasının hukuka uygunluk nedenlerinden birisi olarak kabul edilebilecek olan, snnetilerle ilgili kanuni düzenleme bulunmasına dair savunma artık geçerliliğini yitirmelidir. Zira 1219 sayılı Tababet ve şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’da 2014 yılından itibaren bu uygulamanın hekimlerce yapılabileceği kabul edilmiştir ve ayrıca ilgili maddenin devamında olağanüstü ve istisnai hallerde eğitim almış olan kişilerin hekim gözetiminde bu müdahaleyi yapabileceği hükmü eklenmiştir. Dolayısıyla artık snnetilerle ilgili özel bir kanuni hüküm bulunmadığından, bu müdahale yalnızca sosyal endikasyon veya sosyal uygunluk teorisi olarak adlandırılan bir endikasyon türüyle hukuka uygun hale getirilememelidir. Zira ebeveynin rızasıyla bu uygulama yapılsa dahi, çocuğun geleceğini etkileyen ve kendi vücudu hakkında söz sahibi olmasına ket vuran bir uygulama olduğu kanaatindeyiz⁶⁷³.

Türk hukukunda sünnet uygulamasının bir yargı kararına henüz konu olmadığı ifade edilmektedir⁶⁷⁴ ancak gelecekte bu ihtimal her zaman için bulunmaktadır. Örneğin bir anne ya da bir baba, velayeti kendisinde olmayan çocuğunun sünnet ettirilmesi durumunda bu konuda bir dava açabilir ve çocuğa yapılan bu müdahalenin kasten

⁶⁷² SOYER, s. 407.

⁶⁷³ Sünnet uygulamasının toplumsal olarak herhangi bir olumsuz yanının olmadığı, ebeveyninin rızasıyla bu uygulamanın gerçekleşmesinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için herhangi bir hukuki düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığı, bu uygulamanın toplumu rahatsız etmeyen ve sosyal yaşama uygun olduğu yönündeki düşünceler için bkz. NUHOğLU, Sünnet, s. 219.

⁶⁷⁴ AKBULUT, s. 276.

yaralama olduğu idiasında bulunabilir. Dolayısıyla her ne kadar henüz yargıya taşınmış bir olay bulunmasa da, ülkemizde erkek çocuklarına uygulanan sünnetin yaygınlığı dikkate alındığında, konunun tartışılması gerektiği kanaatindeyiz. Burada çocuğun vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilen ve genellikle dini bir temele dayandırılan sünnet uygulamasında son derece açık bir şekilde, kasten yaralama fiilinin gerçekleşmesi söz konusudur. Zira çocuklar kimi zaman henüz bebekken bu işleme maruz kalmakta olup rıza göstermelerinin veya işlemin sonuçlarını algılayamayacakları bir dönemde gerçekleşen bu işlem nedeniyle hayatları boyunca çeşitli olumsuz sonuçlarla karşı karşıya kalma ihtimalleri olabilecektir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, kendi geleceğini belirleme hakkı mutlak olarak kişinin vücudu üzerinde yapılacak işlemler konusunda fikir beyan etmesi şeklinde algılanmamalı, çocuğun bu hakkı ileride kullanabilmesi için henüz fikir beyan edemediği dönemlerde de korunması gerekmektedir. Örneğin; çocuğun bebekken sünnet olmasının aslında gelecekte kendi geleceğini belirleme hakkını kullanamamasına neden olacağı kabul edilmeli ve ergin olduğunda bu kararı kendisinin verebilmesine imkan verilmelidir. Bunun çözümü ise kendi geleceğini belirleme hakkını mutlak olarak kabul etmek ve korumaktan geçer.

Çocuk sünnet işleminin ne olduğunu anlayabilecek yaşa geldiğinde yapılacak müdahalelerde de din gerekçesiyle çocuğun ebeveyni veya sosyal çevresi tarafından manipüle edilme ihtimali çok yüksektir. Dolayısıyla çocuk aslında gerçekten bu işlemin sonuçlarını tam olarak anlayamadan sünneti kabul edebilir. Olumsuz sonuçlar da dikkate alındığında, bu işlemin gerçekleştirilmesinin çocuğun 18 yaşını doldurması veya ergin olmasından sonra bizzat kendi isteğiyle gerçekleştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

3.2.3.4 Genital Muayene

Bu kısımda ele alınacak genital muayene, yalnızca TCK'da yer alan genital muayene suçunu değil, genital organlar üzerinde yapılan her türlü muayenenin incelenmesini amaçlamaktadır. Elbette ki bu muayeneler esnasında TCK'da yer alan suçun oluşması ihtimal dahilindedir ancak bunun dışında kalan genital bölge muayeneleri ve uygulamada kızlık zarı dikimi olarak adlandırılan hymenoplasti müdahalesinden de bu başlıkta bahsedilecektir.

TCK'nın 287. maddesi kapsamında bir suç olarak düzenlenmiş olan genital muayene, aynı zamanda ceza muhakemesi hukukunda delil elde etmek için kullanılan yöntemlerden olan beden muayenesi⁶⁷⁵ kapsamında uygulanmaktadır. TCK'nın 287. maddesinin birinci fıkrasında eylemin hangi durumlarda suç teşkil ettiğinden bahsedilmiş, ikinci fıkrada ise genital muayenenin hukuka uygun kabul edileceği durumlar düzenlenmiştir.

“Genital” sözcüğü İngilizce, Fransızca ve Almancada da aynı şekilde kullanılan, *“üreme ile ilgili, üreme organlarına ait, tenasül uzuvlarına ait, tenasül uzuvları”* anlamlarına gelmektedir. “Muayene” sözcüğü ise Arapça kökenli olup tıp dilinde *“Bir kimsenin hasta olup olmadığını veya hastalığın ne olduğunu araştırma”* anlamına gelmektedir⁶⁷⁶. Buradan yola çıkılacak olursa, “genital muayene” kavramı, bir kişinin üreme organlarında bir hastalığın bulunup bulunmadığını veya bu hastalığın ne olduğunu araştırma, şeklinde tanımlanabilecektir.

⁶⁷⁵ Beden muayenesini yeni koruma tedbirleri kapsamında değerlendiren ve modern delil elde etme yollarından biri olarak adlandıran görüş için bkz. ÖZTÜRK vd. s. 532.

⁶⁷⁶ Sözcük anlamları için <https://sozluk.gov.tr> (e.t. 19.03.2024).

Genital muayenenin çocuklar açısından söz konusu olabileceği durumlar, çocuğun bir suç şüphesi altında bulunması veya çocuğun çeşitli suçların mağduru olmasıdır. Bunun yanında kız çocuklarına uygulanan ve “bekaret testi” veya “kızlık zarı muayenesi” adı verilen muayenenin ve hatta “kızlık zarı dikimi” (hymenoplasti) uygulamasının da bu çerçevede değerlendirilmesi gerekmektedir.

3.2.3.4.1 Hukuki Dayanak

Genital muayenenin hukuken uygulanabilir olması için bazı şartların bulunması gerekmektedir. Bu şartlar CMK’da düzenlenmiştir ve genel hatlarıyla şu şekildedir: Bir suça ilişkin delil elde etme amacının bulunması, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun isteminin mevcudiyeti ya da resen hâkim veya mahkemenin karar vermesi gerekliliği, suçun üst sınırının iki yıldan daha fazla hapis cezasını gerektirmesi, muayenenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması ve yalnızca hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilmesidir⁶⁷⁷. Aksi durumlarda TCK’nın 287. maddesine göre ceza sorumluluğundan bahsedilebilecektir.

CMK’nın 76. maddesinde ise şüpheli veya sanık dışında kalan “diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” düzenlemesiyle mağdurun veya soybağı

⁶⁷⁷ “Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması

Madde 75 – (Değişik: 25/5/2005 – 5353/2 md.)

(1) Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

(3) İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.

(4) Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.

(5) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz.”

araştırılacak çocuğun muayenesinin usulleri düzenlenmiştir. Maddede bu muayenenin nasıl yapılacağına ilişkin şartlara yer verilmiştir. Buna göre; bir suça ilişkin delil elde etmek amacının bulunması, Cumhuriyet savcısının isteminin mevcudiyeti ya da resen hâkim veya mahkemenin karar vermesi gerekliliği; mağdurun sağlığının tehlikeye düşürülmemesi ve cerrahî bir müdahalede bulunulmaması gerekmektedir⁶⁷⁸. Diğer kişilerden kasıt, mağdur ve mağdur dışında ceza muhakemesine katılan kişilerdir. Örneğin, üçüncü fıkrada yer alan soybağı belirlenecek çocuk da bu kapsamda kabul edilmelidir⁶⁷⁹. Bu maddede şüpheli veya sanığın beden muayenesinden farklı olarak, muayenenin bir hekim veya sağlık mesleği mensubu tarafından yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Konuyla ilgili düzenleme, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik”in⁶⁸⁰ “Diğer kişilerin beden muayenesi” başlıklı 7. maddesinde yer

⁶⁷⁸ “Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması

Madde 76 – (Değişik: 25/5/2005 – 5353/3 md.)

(1) Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücutu üzerinde dış veya içbeden muayenesi yapılabilmesine veya vücutundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur.

(3) Çocuğun soy bağıının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir.

(4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.”

⁶⁷⁹ ÖZEN, s. 641. Ünver/Hakerî'ye göre, maddede yalnızca mağdurdan bahsedildiği için sadece mağdur üzerinde beden muayenesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir. ÜNVER/HAKERİ, s. 308.

⁶⁸⁰ RG. T. 01.06.2005, S. 25832.

almaktadır⁶⁸¹. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan “*Mağdurun ve diğer kişilerin beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır.*” düzenlemesi çerçevesinde mağdurlar ve diğer kişilerin muayenesinin doğrudan hekim tarafından yapılması gerektiği sonucu çıkarılabilecektir. Aksi halde bu muayenenin hekim veya sağlık mesleği mensubu dışında biri tarafından gerçekleştirilmesi halinde TCK’nın 287. maddesinin uygulanamaması sonucu doğabilecektir ki kanaatimizce bu durum tıbbi müdahale şartlarına aykırı olacağından uygulamada sorunlar çıkabilecektir. Ayrıca mağdurun rızasının bulunması durumunda CMK’nın 76. maddesinin birinci fıkrasında yer alan kurallara göre karar alınmasına gerek olmadığı da maddenin ikinci fıkrasında ifade edilmiştir. Bu düzenlemeden yola çıkılarak, mağdurun rızası olmasa da iç beden muayenesine katlanma yükümlülüğü olduğu yorumu yapılabilecektir⁶⁸².

Tartışılabilir bir nokta, iç beden muayenesiyle ilgili olarak her iki maddede de rızaya ilişkin hiçbir düzenlemenin bulunmamasıdır. *Şahin/Göktürk*’e göre; beden muayenesi için hem şüpheli veya sanığın hem de diğer kişilerin rızasının aranmasına gerek yoktur. İlgililerin bu muayeneye, aktif bir şekilde katılması beklenmese de katlanma yükümlülüğünün olduğunu ve bu durumun şüpheli veya sanıklar bakımından “*nemo tenetur*” ilkesini zedelediği ifade edilmiştir⁶⁸³.

⁶⁸¹ Beden muayenesine ilişkin hükümlerin yönetmelikle düzenlenmiş olması, uygulamanın koruma tedbiri niteliğinde olduğu ve bu nedenle CMK’nın 75. maddesiyle aynı olmayan yönetmelik hükümlerinin uygulanmaması gerektiği, aksi halde elde edilen delillerin hukuka aykırı olacağı düşüncesiyle eleştirilmiştir. ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 445-446.

⁶⁸² Aynı yönde ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 445-446. Bu fıkra çerçevesinde yalnızca mağdurun rızasından bahsedilip mağdur dışında kalan kişilerle ilgili düzenleme yapılmamış olması eleştirilmiştir. ÖZEN, s. 644. Maddenin birinci fıkrasında yer alan cerrahi müdahale yasağının mağdurun rızası çerçevesinde hukuka uygun hale gelebileceği, yani mağdur rıza gösterdiyse iç beden muayenesi kapsamında cerrahi müdahale de yapılabileceği öne sürülmektedir. Bu görüş için bkz. ÖZEN, s. 643. Maddede mağdurun rızası olmasa da müdahale yapılabilmesine imkân sağlayan kısmın AİHS’nin 8/2 maddesine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Bu görüş için bkz. TOPÇU, Namık Kemal: “Genital Muayene Suçu (TCK 287), TıpHD, (5), 2014, s. 139.

⁶⁸³ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 441. Aynı yönde ÖZEN, s. 631.

Ünver/Hakeri'ye göre, beden muayenesi bir tıbbi müdahale olduğundan tıbbi müdahalenin taşınması gereken şartlardan biri olan ilgilinin rızasının bulunması gerekir. Rıza olmadan yapılan müdahaleler hukuka aykırıdır. Ancak Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz hükmü gereğince kanunla istisnalar getirilebilmesi mümkündür. Dolayısıyla rızanın olmaması, bu düşünceye göre, beden muayenesini hukuka aykırı hale getirmeyecektir⁶⁸⁴.

“Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik”te rıza konusuna ilişkin bir düzenleme yapılmış; kişilerin muayene konusunda aydınlatılmalarına rağmen muayeneye veya vücuttan örnek alınmasına rıza göstermemeleri durumunda Cumhuriyet savcılığının konuyla ilgili çeşitli önlemlere başvurabileceği düzenlenmiştir⁶⁸⁵. Burada eleştirilmesi gereken husus, vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale niteliğinde olan genital muayeneye ilişkin olarak rızanın olmadığı hallerde nasıl bir uygulama gerçekleştirileceğinin yönetmelikte düzenlenmiş olmasıdır. Zira Anayasa'nın 17. maddesi gereğince tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Dolayısıyla, yönetmelikle bu zorunluluğun getirilmesi, Anayasa'nın 17. maddesine aykırılık taşımaktadır⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ ÜNVER/HAKERİ, s. 311.

⁶⁸⁵ “İlgilinin rızası

Madde 18 - Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır.”

⁶⁸⁶ Aynı yönde AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 70(1), 2012, s. 30. Bu kapsamda işkence suçunun oluşup oluşmayacağı da ayrı bir değerlendirme konusu yapılabilir.

Özellikle şüpheli veya sanık açısından beden muayenesi söz konusu olduğunda, şüpheli veya sanığın çocuk olması halinde rızanın kim tarafından verileceği veya rızaya gerek olup olmadığı tartışılabilir. İç beden muayenesini düzenleyen CMK'nın 75. maddesinde çocuklarla ilgili özel bir düzenleme yer almamaktadır. Kanaatimizce, tıbbi müdahaleler açısından çocuğun rızasına ilişkin kriterler burada da dikkate alınmalı, yalnızca kanunlarda yer alan hükümler çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır.

3.2.3.4.2 Muayene Türleri

3.2.3.4.2.1 Bekaret Kontrolü (Hymen Muayenesi)

Bekaret kontrolü, çocuk istismarının bir türü olarak geleneksel uygulamalar altında sınıflandırılmıştır. Her ne kadar yalnızca çocuklara değil, yetişkinlere de uygulanan bir niteliği olsa da çocuklara uygulanması durumunda hem cinselliği denetim altına almaya çalışması hem de kadın üzerinde toplumsal bir denetim kurmayı amaçlaması açısından çocuklar için bir istismar niteliğinde kabul edilebilecektir⁶⁸⁷.

Kızlık zarı olarak bilinen hymen, tarih boyunca toplumsal ve sosyolojik olarak önemli bir yere sahip olmuştur. Vajina girişini kısmen kaplayan doğal bir zar olan hymen, adını Antik Yunan'da düğün gününde gelinin yola çıkışı sırasında söylenen geleneksel şarkılardan (hymenos) almaktadır. Sağlığı, saflığı ve el sürülmemişliği sembolize ettiği düşünülmüştür⁶⁸⁸. Yapılan araştırmalar neticesinde, farklı şekillerde ve yapılarda görülen bazı hymenlerde, cinsel ilişkiyle herhangi bir zararın oluşmayacağı tespit edilmiştir⁶⁸⁹.

⁶⁸⁷ POLAT, s. 59-60.

⁶⁸⁸ AKKAY, Erdem: “Ülkemizde Kızlık Zarı ve Adli Tıp Sorunları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 48(1-4), 1983, s. 325. EKİNCİ, Ayşegül: Kızlık Zarı Dikiminin Tıp Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 27.

⁶⁸⁹ AKKAY, s. 327. 1974-1981 senelerinde İstanbul Adli Tabipliği tarafından verilmiş 5215 hymen muayene raporuna ilişkin sonuçlar için bkz. ÖZDEN, Salih Yaşar: “Ülkemiz Kadınında Himen

765 sayılı TCK'da bazı suçların oluşabilmesi için kızlık zarının bozulmuş olması şartı, suçun bir unsuru olarak aranmaktaydı. Dolayısıyla bekaret kontrolünün yapılması, suçun tespiti için önem teşkil edebilmekteydi. Fakat 5237 sayılı TCK'da yer alan suçların oluşabilmesinde kızlık zarının bozulması bir şart olarak aranmamış, suçun bir unsuru olarak kanunda yer almamış veya suça ya da cezaya etki eden bir hal olarak düzenlenmemiştir. Dolayısıyla bekaret kontrolünün, kanuni düzenlemeler veya delil etme amacı gibi adli süreçler haricinde gerçekleştirilmesine hukuki olarak dayanak gösterilebilecek bir hüküm Türk hukukunda mevcut değildir⁶⁹⁰.

Bir görüşe göre, TCK'nın 287. maddesinde düzenlenmiş olan genital muayene suçu, bekaret kontrolü amacını taşımayıp kamu sağlığının korunması amacıyla bulaşıcı hastalıkların önlenmesi için yapılan muayeneleri kapsadığı ve bekaret kontrollerinin rıza dışı olması durumunda bunun kasten yaralama suçu olacağı öne sürülmüştür⁶⁹¹. Kanaatimizce genital muayene suçunu bu şekilde kabul etmek hatalıdır. Zira kanun metninde yetkili hakim veya savcı kararı olmaksızın genital muayeneye gönderme ve yapma fiilleri cezalandırılmış olup genel olarak bekaret kontrolünü de kapsamaktadır. Kanun koyucunun bulaşıcı salgın hastalıkları önlemek amacıyla maddeyi düzenlediğini

Morfolojisinin Araştırılması", Kartal Eğitim ve Araştırma Klinikleri, 1(1), 1990, s. 29 vd. Yargıtay da bir kararında bu durumun ihtimal dahilinde olabileceğine yer vermiştir. *"Mağdurenin kızlık zarının yapısına bağlı olarak duhule müsait bulunması halinde bekarı izale edilmeden de ırzına geçilebileceği ve doğumun sezeryan usulü ile yapılması durumunda kızlık zarının yırtılmayacağı gözönüne alınarak, kızlığın bozulup bozulmadığı ve doğumun sezeryanla olup olmadığı fenni biçimde raporla saptanmadan ve sorulup açıklattırılmadan...cezanın artırılması Kanuna aykırı... görülmüş..."*. Yargıtay 5. C. D., T. 19.01.2004, E. 2003/735, K. 2004/7, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (e.t. 19.04.2024). Örneğin; Birleşik Krallık'ta ergenlik çağındaki kız çocukları üzerinde yapılan bir çalışmada, cinsel ilişkiye girdiğini açıkça kabul edenlerin %52'sinin hymeninde herhangi bir bozulma olmadığı tespit edilmiştir. JARRAL, s. 159.

⁶⁹⁰ NUHOĞLU, Ayşe: "Genital Muayene Suçu (TCK m. 287)", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 21(Özel Sayı), 2019, s. 2989. Bu başlık altındaki değerlendirmeler, CMK'da düzenlenen iç beden muayenesinden farklı olarak, kızlık zarının bozulup bozulmadığının tespiti için bekaret kontrolünün gerçekleştirilmesine ilişkindir.

⁶⁹¹ NUHOĞLU, Genital Muayene, s. 2993.

söylemek bu kapsamda mümkün değildir. Eğer öyle bir amaç varsa da kanun metninin yeniden düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

3.2.3.4.2 Kızlık Zarı Dikimi (Hymenoplasti)

“Cerrahi bir operasyonla kızlık zarının yenilenmesi” olarak tanımlanan hymenoplasti veya günlük dildeki adıyla “kızlık zarı dikimi”, toplumsal baskının bir sonucu olarak yapay bir bekaret üretimi zorunluluğu sonucunda uygulanmaktadır⁶⁹². Bu uygulama farklı şekillerde gerçekleştirilebilmektedir. Örneğin; arka vajinal duvarın bir bölümünün kesilmesi ve kızlık zarı halkasını çevreleyen bir bant oluşturmak için vajinal açıklık boyunca konumlandırılması ya da penetrasyon sırasında kanamayı simüle edecek sentetik kanla dolu bir jelatin kapsülünün yerleştirilmesi hymenoplasti uygulamasında yapılabilmektedir. Ancak cinsel aktiviteden önce “doğal durum” olarak algılanan bir yapıyı yeniden oluşturmak şeklinde ortaya çıkan cerrahi müdahalede hymen parçalarının bir araya getirilmesi söz konusudur. Esasında buradaki müdahale, hymenin zarar görmüş şekli üzerinde yapılan birtakım cerrahi işlemlerdir ve orijinal formun cerrahi müdahale ile yeniden yaratılmasını sağlamaktadır. Fakat hiçbir zaman tam olarak bekaretin tekrar kazanılmasını veya anatomik olarak doğru bir yapıyı oluşturma amacını taşımaz; buradaki cerrahi müdahale daha ziyade fonksiyonel niteliktedir⁶⁹³.

Hymenoplastinin yasal olarak uygulanmasına izin veren bir hüküm bulunmamakla birlikte, uygulamada jinekologlar tarafından gerçekleştirilen bu müdahalenin, kişinin rızası ve isteği üzerine yapılan bir tür estetik müdahale olarak

⁶⁹² EKİNCİ, Kızlık Zarı, s. 42-43.

⁶⁹³ JARRAL, s. 159.

tanımlandığı ifade edilmektedir⁶⁹⁴. Yetişkinler açısından bu müdahalenin rızaya dayalı olarak gerçekleştirilmesi ve bunun estetik müdahale olarak adlandırılmasında kanımızca bir sorun bulunmamaktadır⁶⁹⁵.

Esas mesele, bu işlemin çocuklar üzerinde gerçekleştirilmek istenmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce, hymenoplastinin estetik müdahaleler kapsamına alınarak yasal bir çerçeve kapsamında 18 yaşından büyük yetişkinler için hukuka uygun hale getirilmesi ve bu müdahalenin, hangi şartlar olursa olsun, 18 yaşından küçükler için hiçbir şekilde uygulanamayacağına dair hukuki bir düzenleme yapılmalıdır. Bu sayede, bekaret kontrollerinin önüne geçilebilecek, hymenin (kızlık zarının) aslında bekaretin bir göstergesi olmadığı, her cinsel ilişkide bu zarın zarar görmeyebileceği ya da esnek bir yapıda olduğu için hiçbir zaman kanama gibi bir belirtinin ortaya çıkmayacağını toplumun geniş kesimleri tarafından öğrenilmesi, toplumun bilinçlenmesiyle birlikte bu uygulamanın da ortadan kalkmasına imkân sağlayabileceği kanaatindeyiz.

3.2.3.4.3 TCK'daki Düzenleme

TCK'nın 287. maddesinde düzenlenen genital muayene suçu, bekaret kontrolü adı verilen uygulamanın gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkabilecektir. Öğretideki bir görüş, mağdur konusunda bir ayırım yaparak, örneğin yurt müdürlerinin yetişkin birini genital muayeneye göndermesi durumunda genital muayene suçunun oluşmayacağını

⁶⁹⁴ Bu görüşler ve ayrıca konuyla ilgili yasal bir boşluk olduğu düşüncesi için bkz. EKİNCİ, Kızlık Zarı, s. 68-69.

⁶⁹⁵ Her ne kadar Anayasa'nın 17. maddesinde “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*” ifadesi yer alsa da hymenoplastinin estetik müdahale kapsamında kabul edilmesi durumunda, estetik müdahalelere ilişkin hükümlerin burada da uygulanması ve müdahalenin hukuka uygun hale gelmesi mümkün olacaktır. Hymenoplastinin diğer estetik müdahaleler gibi güzel görünme veya kendini iyi hissetme ihtiyacından değil, sosyokültürel baskıdan dolayı gerçekleştirildiği yönündeki düşünce için bkz. EKİNCİ Kızlık Zarı, s. 83.

ancak durumun hürriyeti kısıtlama, kasten yaralama, cinsel saldırı gibi başka suçlara vücut verebileceğini, gönderilen kişinin çocuk olması durumunda ise eylem TCK'nın 103 ve 104. maddeleri kapsamında olabileceğinden dolayı, delil elde etmek amacıyla gönderileceği için genital muayene suçundan bahsedilebileceğini ifade etmektedir⁶⁹⁶. Kanaatimizce her iki durumda da yetkili olmayan kişiler tarafından mağdurun muayeneye gönderilmesi söz konusu olacağından, genital muayene suçunun oluşacağı kabul edilmelidir. Zira madde metninde suçun ancak adli vaka durumunda işlenebileceği yer almamaktadır ve mağdurun genital muayeneye gönderilmesi, doğrudan özel hayatın gizliliğine yönelik bir müdahale niteliğindedir⁶⁹⁷.

Mağdur konusunda maddede bir sınırlama yapılmadığından, cinsiyet veya yaş fark etmeksizin herkes bu suçun mağduru olabilecektir. Ancak burada çözüme kavuşması gereken husus, özellikle erkekler için yapılacak anüs muayenesinin genital muayene olarak kabul edilip edilemeyeceği ve dolayısıyla da bu suç kapsamına alınıp alınamayacağıdır. Zira nasıl ki kız çocuklarının bekaret kontrolü adındaki muayenelere götürülmesi Türkiye'nin gerçeğiye, erkek çocuklarının homoseksüel ilişkiye girip girmediklerini öğrenebilmek için ailelerin çocuklarını genital muayeneye götürmek

⁶⁹⁶ NUHOĞLU, Genital Muayene, s. 2993. Yazar ebeveynin 18 yaşını doldurmuş kızını salt merak amacıyla bekaret kontrolüne götürmesi veya göndermesi durumunda da bu suçun oluşmayacağını, suçun oluşabilmesi için mutlaka adli bir vakanın bulunması gerektiğini savunmaktadır. NUHOĞLU, Genital Muayene, s. 2994. Ancak ilgilinin çocuk olması durumunda ebeveynin bekaret kontrolü için çocuğu genital muayeneye götürmesinin TCK m. 278 kapsamında suç teşkil edeceği ifade edilmektedir. NUHOĞLU, Genital Muayene, s. 2996. Yazar kontrole götürülenin çocuk olması durumunda, cinsel istismar veya reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında adli bir vaka olabileceği ihtimali çerçevesinde eylemin TCK m. 278 kapsamında suç kabul edilebileceğini ifade etmektedir ancak kanaatimizce ebeveynin keyfi olarak bile olsa çocuğunu bekaret kontrolü şeklindeki bir genital muayeneye maruz bırakması bu suçun oluşması için yeterli kabul edilmelidir. Ayrıca; ebeveynin bu suçun faili olabileceği, hiçbir tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde sadece bekaret kontrolü amacıyla çocuğun genital muayeneye gönderilmesinin bu şekilde meşrulaştırılmaması gerektiği yönünde bkz. YENERER ÇAKMUT, Özlem, "Türk Ceza Yasası'nda Genital Muayene Suçu", Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 52.

⁶⁹⁷ Aynı yönde DÜLGER, İbrahim: "Genital Muayene Suçu (TCK. Madde 287)", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 2008, s. 45-70, s. 51. HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 364.

istemeleri de ihtimal dahilindedir. Bunun dışında fiili livata eylemleri açısından da anüs muayenesinin bu suçu oluşturup oluşturmayacağı değerlendirilmelidir.

Kadın genital organları iç ve dış olmak üzere iki şekilde incelenmektedir. Dış genital organlara genel olarak vulva adı verilmekte iken iç genital organlar ise vajina, uterus, tuba uterina ve ovaryumlardan oluşmaktadır. Erkek genital organlarında dış cinsel organlar penis, skrotum (torba); iç cinsel organlar ise testisler, prostat ve sperm kanalları olarak adlandırılmaktadır. Anüs ise her iki cinsiyette de genital organlar arasında yer almamaktadır⁶⁹⁸. Anüs bölgesinin genital muayene kapsamında kabul edilmesi gerektiği görüşü⁶⁹⁹ bulunmakla birlikte, madde metni ve gerekçede buna ilişkin bir açıklama bulunmadığı için anüs muayenesinin genital muayeneye dahil edilmesinin kıyas sonucunu doğuracağı görüşü de bulunmaktadır⁷⁰⁰.

⁶⁹⁸ GÜVEL Sezgin: “Kadın ve Erkek Genital Anatomisindeki Benzerlikler” https://jag.journalagent.com/androloji/pdfs/AND_15_52_57_61.pdf (e.t. 17.03.2024). “Erkek Cinsel Anatomisi Nedir?”, <https://www.cetad.org.tr/73/sik-sorulan-sorular/27/erkek-cinsel-anatomisi-nedir> (e.t. 17.03.2024).

⁶⁹⁹ Anüs bölgesinin jinekolojik açıdan dış genital bölge kabul edildiği ve bu nedenle genital muayene kapsamına alınması gerektiği yönünde bkz. HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 363. TOPÇU, s. 123. *Topçu* madde başlığı ve metindeki “genital” sözcüğünün “üreme organı ve anüs bölgesi” olarak değiştirilmesi önerisinde bulunmuştur. *Aydın/Karaaslan*’a göre, anüs her ne kadar genital organ kabul edilmese de suçun konusuna dahil edilmelidir. Suçun konuluş amaçlarından birinin de tıbbi zorunluluk dışı hymen muayenelerinin önüne geçmek olduğu dikkate alındığında anüsün genital muayeneye dahil edilmemesi bu suçun mağdurunun sadece kadın olabileceği anlamına gelecektir. Ancak mağdurun erkek olabileceği de göz önünde bulundurulduğunda, anüs muayenesinin de bu kapsama alınması gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay’ın da uygulamada genital organa bir anlam atfederek kararlarında “mağdurun genital organlarının anal yoldan cinsel istismara maruz bırakılması” gibi ifadelere yer vermesinin anüsün tıbbi anlamından ziyade hukuki bir anlam kapsamında değerlendirildiğini belirtilmiştir. Bkz. AYDIN, Emirhan/KARAASLAN, Reşit “Genital Muayene Suçu (TCK m. 287), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 2024, s. 11.

⁷⁰⁰ Anüs bölgesinin genital bölge dışında olduğu görüşü için bkz. ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, s. 532. EROĞLU, Fulya: “Genital Muayene Suçları (TCK m. 287), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - Köksal BAYRAKTAR’a Armağan, 1, 2010, s. 1131. *Yenerer Çakmut*, anüs bölgesinin muayenesi açısından TCK’nın 287. maddesinin CMK’nın 75. maddesindeki düzenlemeyle paralel olacak şekilde yeniden düzenlenmesi ve öğretideki tartışmalara son verilmesi gerektiğini ifade etmekle birlikte, mevcut durumda anüs bölgesinde yapılacak muayenenin TCK’da yer alan kasten yaralama gibi başka suçlara vücut verebileceğini ifade etmektedir. Bkz. YENERER ÇAKMUT, Genital Muayene, s. 53. Aynı yöndeki görüş ve suç tipinin adının kapsayıcı bir şekilde “cinsel ilişki muayenesi” olarak değiştirilmesi düşüncesi için bkz. DÜLGER, s. 57-58.

Üremeyi gerçekleştiren organlar, üreme organları (organa genitalia) olarak adlandırılmaktadır. Kadın ve erkekte farklılık gösteren bu organlar, genellikle iç ve dış olmak üzere iki açıdan incelenmektedir. Erkek dış genital organları; scrotum ve penisten oluşmaktayken iç genital organları ise testis, epididymis, ductus deferens ve erkek eklenti bezlerinden meydana gelmektedir. Kadın dış genital organları; mons pubis, labium majus pudendi (büyük dudaklar), labium minus pudendi (küçük dudaklar), vestibulum vaginae, klitoris, bulbus vestibuli, glandula vestibularis majör (bartholin bezi), glandula vestibulares minorensten oluşmakta, iç genital organları ise ovarium, uterus (rahim), tuba uterina (fallop tüpü) ve vajinadan oluşmaktadır⁷⁰¹.

Anatomide anüsün anal kanalın alt açıklığı olarak adlandırıldığı, kalın bağırsağın son bölümü olan rektumun dışa açılan noktası olarak şematize edildiği ve sindirim sistemi içerisinde değerlendirildiği görülmektedir⁷⁰². Kanaatimizce TCK'nın 287. maddesinde genital muayene düzenlenmiş ve genital organların arasında anüs kabul edilmiyor olsa da CMK'nın 75. maddesinde yapılan atıf gereği şüpheli veya sanığın iç beden muayenesine anüsün de dahil edilmesi ve dolayısıyla TCK'nın 287. maddesi kapsamında suçun konusunu oluşturabileceği kabul edilmelidir. Genital muayenenin bir suç sonucunda gerçekleşmesi durumunda, kız ve erkek çocuklarının cinsel istismarında anüs muayenesinin kanuna aykırı bir şekilde yapılmasının bu suçun oluşmasına imkan sağladığı söylenebilecektir⁷⁰³. Bununla birlikte, suç sonucu değil ancak eşcinsel ilişki

⁷⁰¹ Büşra CANDAN, “İnsan” Anatomi, (Ed. Davut ÖZBAĞ), 2. Baskı, İstanbul Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2021, s. 289-311. Yasin ARİFOĞLU, Her Yönüyle Anatomi, 3. Baskı, İstanbul Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2021, s. 504. Mazhar ÖZKAN, Anatomi, (Ed. Mehmet YILDIRIM, Ferruh YÜCEL), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2021, s. 147-170.

⁷⁰² ARİFOĞLU, s. 430. Seda AVNİOĞLU, “İnsan” Anatomi, (Ed. Davut ÖZBAĞ), 2. Baskı, İstanbul Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2021, s. 253, 255.

⁷⁰³ Cinsel suçlar sonucu yapılan muayenelerde anüs muayenesinin de uygulanacağı ifade edilmektedir. CELBİS, Osman/KARACA, Mehmet/ÖZDEMİR, Bora/BARANSEL ISIR, Aysun: “Cinsel Suçlarda

şüphesiyle ebeveynin erkek çocuğunu rıza dışı muayeneye göndermesi veya muayenelerinin yapılması durumlarında anüsün kontrol amacıyla muayene edilmesinden dolayı bu suçun oluşacağı konusu değerlendirilmelidir.

Genital muayenenin çocuklar üzerinde gerçekleştirilmesi durumunda rıza konusunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Muayeneye maruz kalacak kişi çocuksa, adına rıza göstermekle yetkili olan ebeveyn açısından TCK'nın 287. maddesi kapsamında bir suçun oluşup oluşmayacağı önem kazanmaktadır. Eğer tıbbi bir zorunluluk nedeniyle ebeveynin çocuğu genital muayeneye göndermesi veya bu muayeneyi yapması söz konusuysa, bu durumda müdahalenin ve gösterilen rızanın hukuka uygun olduğu, tıbbi zorunluluğun olmadığı hallerde ya da salt bekaret kontrolü maksadıyla gerçekleştirilen eylemlerde ise ebeveynin rızasının geçerli olmayacağı ve suçun oluşacağı söylenebilecektir⁷⁰⁴.

Ayrıca tıbbi müdahalelerde olduğu gibi genital muayenede de rıza ehliyeti kapsamında çocuğun gerçekleşen müdahalenin anlam, kapsam ve sonuçlarını hem bireysel hem de toplumsal olarak algılayabiliyor olması önemlidir. Bu özelliklere sahip çocuğun ebeveyni tarafından muayeneye gönderilmesi durumunda TCK m. 287'nin oluşacağı söylenebilecektir. Burada çocuğun rıza gösterip göstermediği önemli olacak, rıza göstermiyorsa ebeveynin rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi söz konusu olamayacak ve bu durumda da TCK m. 287'nin hem ebeveyn hem de

Muayene", Harran Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 1(4), 2004, s. 51. CANTÜRK, Gürol/CANTÜRK, Nergis: "Cinsel Saldırı Mağdurlarının Muayene Prosedürü", Türkiye Klinikleri J Surg. Med. Sci., 2(50), 2006, s. 53. Bu durum zaten CMK'nın 75. maddesinin bir gereğidir.

⁷⁰⁴ YENERER ÇAKMUT, Genital Muayene, s. 57. ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, s. 536. EROĞLU, s. 1138. TOPÇU, s. 137. AYDIN/KARAASLAN, s. 13. Çocuğun rızasının olmaması durumunda, çocuk adına rıza açıklama yetkisi bulunan ebeveyn tarafından genital muayeneye zorla gönderilme fiilinin suçun düzenlenme amaçlarıyla çatışacağı gerekçesiyle bu konuda açık bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu düşüncesi için bkz. ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, s. 538.

muayeneyi yapması durumunda hekim veya diğer kişilerin sorumluluğunun doğması söz konusu olacaktır⁷⁰⁵. Çocuğun rıza ehliyetinin bulunmaması halinde ise ebeveynin çocuğu muayeneye göndererek velayetten kaynaklanan yetkinin sınırlarını aşıp aşmadığı her olay açısından münferit olarak değerlendirilmelidir, aksi halde muayeneyi yapacak kişi açısından TCK m. 287'nin ve hatta duruma göre ebeveyn açısından da TMK'nın ilgili maddelerinin uygulanması gerekecektir⁷⁰⁶.

TCK'nın "Adliye Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Bölüm'ünde yer alan 287. maddesine göre, kişilerin yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, genital muayeneye gönderilmesi veya bu muayenenin yapılması⁷⁰⁷ suç olarak düzenlenmiştir⁷⁰⁸. Madde gerekçesinde, "*Madde metninde hukuka aykırı biçimde genital muayene yapılması, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.*" ifadesi yer almakta olup gerekçe maddenin amacını tam olarak belirtmemektedir. Suçun "Adliye Karşı Suçlar" kısmında düzenlenmesi, özellikle korunması amaçlanan hukuki yarar çerçevesinde farklı yorumlara neden olmuştur. Kimi yazarlar amacın kişiyi korumaktan ziyade adli mekanizmanın doğru işlemlerini sağlamak ve korumak olduğunu ifade etmiş⁷⁰⁹, kimileri

⁷⁰⁵ Aynı yönde TOPÇU, s. 126-127.

⁷⁰⁶ ERMAN, s. 88. EROĞLU, s. 1138. TOPÇU, s. 127. TMK'nın 346. maddesine göre, "*Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.*" TMK'nın velayete ilişkin hükümlerine dayanılarak genital muayenenin hukuka uygunluğunun TCK'nın 26. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiş "hakkın kullanılması"na dayandırılmak istenmesi durumunda da ebeveynin sahip olduğu bu yetkinin sınırını aşıp aşmadığı önem teşkil edecektir. Dolayısıyla sınırın aşıldığı tespit edilirse bu hukuka uygunluk sebebine dayanılması mümkün olamayacaktır. AYDIN/KARAASLAN, s. 23.

⁷⁰⁷ "Genital muayene

Madde 287- (1) Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

...

⁷⁰⁸ Suç kapsamındaki muayenenin genital organların yalnızca bir kısmına ve genital bir organ kabul edilmeyen anüse yönelik yapıldığı, bu nedenle madde başlığının "Genital muayene" yerine "Cinsel ilişki muayenesi" olarak değiştirilmesi yönündeki görüş için bkz. DÜLGER, s. 68-69.

⁷⁰⁹ Suç tipiyle esasen bekaret kontrolünün değil, adli bir olay olmadan bu kontrolün yapılmasının cezalandırıldığı ifade edilmekte ve kanun koyucunun bu iradesini suçlu kişilere karşı suçlar arasında

ise genital muayene ile ortada bireyin cinsel özgürlüğüne bir saldırı olduğu gerekçesiyle suç tipinin cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında düzenlenmesi gerektiği düşüncesiyle kanun koyucunun bu tercihini eleştirmiştir⁷¹⁰. Kanaatimizce de bu suç, bireylerin cinsel özgürlüğüne ve özel hayatına bir müdahale niteliğindedir. Her ne kadar adli işlemlerin gerçekleştirilmesi esnasında genital muayene söz konusu olsa da, suçun adliye karşı suçlar arasında düzenlenmiş olması nedeniyle, adli işlemler dışındaki muayeneler açısından bazı yazarlarca bu suçun işlenemeyeceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla, suçun kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmesinin daha yerinde olacağını düşünmekteyiz.

3.2.3.5 Gebeliğin Sonlandırılması

Gebeliğin sonlandırılması, gebenin kendi bedeni üzerinde söz sahibi olma hakkı açısından dikkatle ele alınması gereken bir konudur. Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak Türk hukukunda farklı düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemeler Türk Ceza

düzenlemeyerek ortaya koyduğu öne sürülmektedir. Ayrıca adli bir olay olmadığında, zorla gerçekleştirilecek bekaret kontrolünün bu suç kapsamında değerlendirilmesi gerekmeyeceği ifade edilmektedir. NUHOĞLU, Genital Muayene, s. 2991-2992. Aksi yönde, genital muayenenin amacının adli olayların yanında tıbbi bir müdahale, merak, örf ve adet ya da başka bir gerekçe olabileceği ve bu durumda genital muayene suçundan bahsedilebileceği yönündeki görüş için bkz. ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, s. 533. EROĞLU, s. 1133. *Nuhoğlu*, madde kapsamındaki eylemlerin halihazırda kasten yaralama, hürriyeti kısıtlama, cinsel saldırı, cinsel istismar gibi suçları oluşturduğu ve bu suçlardaki yaptırımların genital muayene suçundan daha etkili ve caydırıcı olduğu; ayrıca bu eylemin suç olarak düzenlenmesinin jinekologlar üzerinde baskı oluşturduğu ve yapmaları gereken muayeneleri bu belirsizlik nedeniyle yapamadıklarını belirterek bu suç tipinin gereksiz olduğunu belirtmektedir. NUHOĞLU, Genital Muayene, s. 2998. Genital muayene suçunda kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun oluşmayacağına ilişkin görüş için bkz. DÜLGER, s. 65.

⁷¹⁰ DÜLGER, s. 68. HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 361. ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, s. 527. YENERER ÇAKMUT, Genital Muayene, s. 51. EROĞLU, s. 1129. TOPÇU, s. 121-122. AYDIN/KARAASLAN, s. 9. Genital muayenenin öncelikle kişilik haklarına müdahale niteliğinde olduğu ve vücut dokunulmazlığını ihlal ettiği, dolayısıyla her ne kadar soruşturma veya kovuşturma aşamasında muayenenin hukuka aykırı şekilde yapılması adliyenin işleyişine saldırı gibi düşünülse de öncelikli olarak bireyin uğradığı zararın gelmesi gerektiği, adliyenin zararının ise bu durumda tali nitelikte kaldığı düşüncesi için bkz. DÜLGER, s. 47. Yazar ayrıca, adli bir olay olmasa da genital muayene suçunun söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. DÜLGER, s. 52. Aynı yönde HAKERİ, s. 363. AYDIN/KARAASLAN, s. 9.

Kanunu⁷¹¹, 24.5.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve 14.11.1983 tarih ve 83/7395 No’lu Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’te yer almaktadır. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da ve Tüzük’te gebeliğin hangi şekillerde sonlandırılabilceğı düzenlenmişken TCK’da ise bu kapsam dışında ve hukuka aykırı şekilde yapılan gebeliğin sonlandırılması işlemleri suç olarak yer almaktadır.

Türk hukukunda 1965 yılına kadar gebeliğin sonlandırılması yasaklanmıştır. Bu tarihte çıkarılan 557 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ile tıbbi zorunluluk bulunan hallerde gebeliğin sonlandırılması mümkün hale getirilmiştir. Ardından 24.5.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’la 557 sayılı Kanun mülga olmuş ve bununla birlikte isteğe bağı olarak gebeliğin sonlandırılabilmesini mümkün kılan hükümler de Türk hukukunda yer almıştır⁷¹².

Mevzuatta gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak hukuki metinlerde farklı kavramlar kullanılmıştır ve bu konuda birlik bulunmamaktadır. TCK’da çocuk düşürtme ve düşürme suçları düzenlenmiş, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da gebeliğin sonlandırılması kavramı kullanılmış, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’te ise rahim tahliyesi kavramına yer verilmiştir.

Çeşitli Avrupa ülkelerinin mevzuatlarında da gebeliğin sonlandırılması konusunda farklı kavramların kullanıldığı görülmektedir. Kürtaj anlamına gelen “abortion”, gebeliğin sonlandırılması anlamına gelen “termination of pregnancy” ve

⁷¹¹ TCK’da bu fiil, “çocuk düşürtme” olarak adlandırılmıştır.

⁷¹² KESKİN KIZIROĞLU, Serap: “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2013, ss. 166.

gebeliğin yarıda kesilmesi/bölünmesi anlamına gelen “interruption of pregnancy” gibi aslında aynı sonucu doğuran farklı kavramlar diğer ülkelerin mevzuatlarında da yer almaktadır⁷¹³.

Gebeliğin sonlandırılması, uygulamada daha çok “kürtaj” olarak da adlandırılan uygulama çerçevesinde, çeşitli nedenlerle gebe kadının hamileliğinin sona ermesi şeklinde geniş olarak tanımlanabilir. Bununla birlikte, rahim tahliyesi, çocuk düşürme ve düşürtme gibi çeşitli şekillerde de adlandırılmaktadır⁷¹⁴. Çalışmada bu müdahale, ilgili kanun ve tüzükteki ifadeyle paralel olarak, “gebeliğin sonlandırılması” şeklinde ifade edilecektir⁷¹⁵.

⁷¹³ Abortion Legislation in Europe, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, January 2015, s. 4 – 37. <https://www.loc.gov/law/help/abortion-legislation/abortion-legislation.pdf> (e.t. 09.05.2018).

⁷¹⁴ YILMAZ, Candan: “Gebeliğin Sonlandırılmasında İzin Verilen Yasal Sürelere İlişkin Karşılaştırmalı İnceleme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 21(Özel Sayı), 2019, s. 3312. “Rahim içi tahliye” kavramı ve bunu gebeliğin bilerek ve isteyerek sonlandırılması anlamına geldiğine ilişkin düşünce için bkz. YILMAZ, Çiğdem Mine, Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçüğün Bedenvarlığı Üzerindeki Tasarrufları, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 81. Kanaatimizce rahim içi tahliye her zaman rızaya dayalı olmak zorunda değildir, zira bu konuda TCK’da “çocuk düşürtme” şeklinde bir suç tipi yer almaktadır. Dolayısıyla, gebeliğin bilerek ve isteyerek sonlandırılması şeklinde bir tanım kanımızca her zaman doğru olmayacaktır. TCK’nın 99. maddesinde “çocuk düşürtme” ve 100. maddesinde “çocuk düşürme” suçları yer almaktadır. NPHK’nın amacının düzenlendiği 1. maddesinde, “*Bu Kanunun amacı, nüfus planlaması esaslarını, gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon ameliyelerini, acil müdahale halleri ile gebeliği önleyici ilaç ve araçların temin, imal ve saptanmasına ilişkin hususları düzenlemektir.*” ifadesiyle, Kanun’un “gebeliğin sona erdirilmesi” kavramını benimsediği görülmektedir. Bu kanunla ilgili tüzük olan “Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük”te ise, “rahim tahliyesi” kavramı benimsenmiştir. Ancak Tüzüğün 2. maddesindeki tanımlar kısmında, “rahim tahliyesi” deyiminin “gebeliğin sonlandırılması”nı ifade ettiği belirtilmiştir. Neden tüzüğün isminde doğrudan “gebeliğin sonlandırılması” kavramının kullanılmadığı anlaşılamamıştır.

⁷¹⁵ Her ne kadar mevzuatta bu konuda kavramsal bir birlik olmasa da kanaatimizce yerinde olan kullanım, gebeliğin sonlandırılmasıdır. Zira Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da doğrudan bu kavram kullanılmakla birlikte hem TCK’da hem de Tüzük’te söz konusu eylem gebeliğin sona erdirilmesine ilişkindir. Her ne kadar TCK’da çocuk düşürme ve düşürtme suçları şeklinde bir kullanım olsa da esasen Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve Tüzük’te yer alan kurallara aykırı şekilde gebeliğin sonlandırılması TCK’daki bu suçlara vücut vereceğinden, gebeliğin sonlandırılması kavramı TCK’daki suç normunun açıklanmasında kullanılabilir. DÖNMEZ, Burcu: “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, DEÜHFD, C:9, S:2, 2007, s. 107.

Ana rahminde bulunan ve yaşama kabiliyetine sahip varlık Türk hukukunda genel olarak cenin olarak adlandırılmaktadır. Diğer ülkelerdeki hukuki metinlerde ise çocuk veya doğmamış çocuk anlamına gelen “child” veya “unborn child” kavramları da kullanılmakla birlikte “fetus” kavramı genellikle tercih edilmektedir⁷¹⁶.

3.2.3.5.1 Hukuki Dayanak

3.2.3.5.1.1 Nüfus Planlaması Hakkında Kanun⁷¹⁷

Türk hukukunda gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemeler; NPHK’da ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’te detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hukuki metinlerde gebeliğin nasıl ve kimler tarafından hangi koşullarda sonlandırılacağı açıklanmış, bu koşullara uyulmaması halinde hangi yaptırımların uygulanacağı da hüküm altına alınmıştır.

Türk hukukunda konuyla ilgili en temel düzenleme, 1983 yılında yürürlüğe giren 2827 sayılı NPHK’dır. Kanun’un “Nüfus Planlaması” başlıklı 2. maddesine göre, *“Gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon veya kastrasyon ameliyesi yapılamaz.”* Dolayısıyla, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin kurallar açısından kanunun içerdiği hükümler son derece önem taşımaktadır.

NPHK’nın 2. maddesinde nüfus planlamasının, fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları anlamına geldiği, devletin nüfus planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri aldığı, nüfus planlamasının gebeliği önleyici tedbirlerle sağlandığı ve gebeliğin sona erdirilmesinin devletin gözetim

⁷¹⁶ Abortion Legislation in Europe, s. 4 - 37.

⁷¹⁷ RG. T. 27/05/1983, S. 18059. Kanun bundan sonra NPHK olarak anılacaktır.

ve denetimi altında yapıldığı ifade edilmiştir. Ayrıca; Kanun’un öngördüğü haller dışında gebeliğin sona erdirilemeyeceği de belirtilerek bu işlemin yalnızca devlet kontrolü altında yapılabileceği ve Kanun’a aykırı olarak herhangi bir şekilde gebeliğin sonlandırılmayacağı vurgulanmıştır.

Kanun’un 5. maddesinde, gebeliğin sona erdirilmesinin hangi şartlar altında gerçekleşeceği düzenlenmiş, 6. maddesinde ise gebeliğin sona erdirilmesinde izin konusu hüküm altına alınmıştır. 6. maddeye göre, müdahale küçüklerde, küçüğün rızası ile velisinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit olmayan kişilerde ise reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Küçüğün evli olması halinde ise eşin de rızası gerekmektedir. Velinin veya sulh mahkemesinden izin almanın hemen mümkün olmaması ve derhal müdahale edilmemesi halinde çocuğun hayatının veya hayati önemi haiz organlarından birinin risk altında bulunacağı acil durumlarda iznin şart olmadığı ifade edilmiştir⁷¹⁸.

3.2.3.5.1.2 Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük ⁷¹⁹

NPHK’da yer alan gebeliğin sonlandırılması ve sterilizasyon işlemlerinin yürütülmesi işlemlerinin nasıl yapılacağına ilişkin düzenlemeleri içeren “Rahim Tahliyesi Tüzüğü”nün 1. maddesinde belirtildiği üzere, amaç, rahim tahliyesinde acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu, rahim tahliyesini kabul edenlerden istenecek izin belgesinin şeklini ve doldurulma esaslarını, rahim tahliyesinin yapılacağı yerleri, bu

⁷¹⁸ Rıza konusunda TCK ile NPHK’da farklı hükümler bulunmaktadır. TCK’nın 99. maddesine göre bir suçtan bahsedilebilmesi için kadının rızasının olmaması şartı aranmışken, diğer kişilerden ve özellikle eşinden bahsedilmemiştir. Bu hususa aşağıda değinilecektir.

⁷¹⁹ Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 14/11/1983, No: 83/7395, Dayandığı Kanunun Tarihi: 24/5/1983, No: 2827, RG. T. 18/12/1983, S. 18255. Bundan sonra “Rahim Tahliyesi Tüzüğü” olarak anılacaktır.

yerlerde bulunması gereken sağlık koşulları ve diğer koşullarla buraların denetim ve gözetim esaslarını belirlemektir.

Tüzük'te gebeliğin sonlandırılmasına dair işlemler NPHK'nın da atıf yaptığı şekilde açıkça düzenlenmiştir. Tüzük'ün 3. maddesine göre; gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca yoksa istek üzerine rahim tahliye edilir. Aynı hüküm NPHK'nın 5. maddesinde de yer almaktadır.

Tüzük'ün 7. maddesinde acil hallerde rahim tahliyesine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Maddeye göre; derhal müdahale edilmediği takdirde kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden acil hallerin ortaya çıkması durumunda rahim tahliye edilir. Bu durumda, rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır. Acil hallerin ne olduğu da Tüzük'ün 8. maddesinde sayılmıştır. Bu hallerde gebeliğin sonlandırılması işlemi Tüzük'ün 9. maddesine göre; resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. Ancak, kadının buralara taşınması olanaksızsa, ameliye, muayenehane, ev gibi hastanın bulunduğu yerlerde de yapılabilir.

Gebeliğin sonlandırılması işlemlerinde izin belgesinin kimlerden alınacağı 13. maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre; on haftayı geçmeyen gebeliklerde yapılacak rahim tahliyesinde, gebe olan kişi, reşitse kendisinden, küçükse kendisinin rızası alınmakla birlikte velisinden, vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz değilse, kendisinden ve vasisinden (Bu halde ayrıca sulh hakiminden de izin alınması gerekir), evliyse eşinden izin belgesi alınması gereklidir. İzin belgesinin aranmayacağı haller ise 14. maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre; *“Akıl maluliyeti nedeniyle şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz. Veli ya da sulh mahkemesinden izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale*

edilmemesinin hayatı ve hayati organlardan birini tehdit ettiği acil hallerde izin şartı aranmaz.”.

Burada eleştirilecek nokta, öncelikle maddenin lafzına ilişkindir. Maddede gebe kadından bahsedilmekle birlikte, gebe kadının küçük olması halinde alınacak izinlerden bahsedilmiştir. Her ne kadar 16 yaşını doldurduktan sonra çocukların evlenebilmesi hukuken mümkün olsa da 18 yaşından küçükler, kadın olarak değil, hukuken çocuk olarak adlandırılmaktadır. 18 yaşından küçük bir çocuğun hamile kalmasının vahameti bir kenara bırakılacak olursa, burada ifadenin “gebe kadın” olarak değil, doğrudan “gebenin” olarak değişmesi daha doğru olacaktır. Zira erkekler zaten doğum yapamayacağı için burada bir anlam karışıklığı olması mümkün değildir. Ayrıca henüz cinsiyet uyum ameliyatı geçirmemiş trans erkeklerin de bir rahime sahip oldukları göz önüne alındığında, rahimlerinde yumurta üreyebildiği sürece hamile olma ihtimalleri mümkündür. Dolayısıyla hem cinsiyetçi hem de çocukların yetişkin gibi kabul görmesine neden olacak bu ifadenin değişmesi kanımızca elzemdir.

İkinci olarak, müdahale edilecek çocuğun rızasının tek başına yeterli olmaması, eleştirilecek başka bir boyuttur. Eğer müdahale yapılacak kişi reşit değilse, yani çocuksa bu durumda velisi veya vasisinin izni ve eğer çocuk evliyse eşinin izninin aranması gerekliliği kanaatimizce çocukların kendi vücutları üzerindeki karar verme hakkının sınırlandırılmasına neden olmaktadır. Zira, her ne kadar konu burada bir çocuk olsa da 16 yaşından küçük bir çocuğun hamile kalıp daha kendisi çocukken başka bir çocuğu doğurmak ve büyötmek zorunda kalması son derece vahim bir durumdur. Bu durumda çocuğun müdahaleye rızası olsa bile, velisinin veya vasisinin rızası yoksa, söz konusu müdahale yapılamayacaktır. Bu durum, çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkını kullanamaması sonucunu doğurmaktadır. Gebeliğin sonlandırılması, kişinin kendi

geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde kişilik hakları arasında değerlendirilmektedir, zira kişinin hamile kaldığında hayat standartlarını, beslenme alışkanlıklarını, hareket yeteneklerini, gelecek planlarını bu duruma göre değiştirmesi gerekebilecektir⁷²⁰. Ayrıca, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırimcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)'nin 12. maddesi ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 12. maddesinde ifade edilen, gebeliğin sonlandırılmasının engellenmek istenmesinin kadının ürememe hakkının engellenmesi anlamına geldiği yönündeki görüş çerçevesinde de gebeliğin sonlandırılmasına yönelik kısıtlamaların bu hakkın sınırların aşmaması gerektiği savunulmaktadır⁷²¹.

Her ne kadar, gebeliğin sonlandırılması kapsamında kişinin kendi geleceğini belirleme hakkıyla ceninin doğumla elde edeceği yaşam hakkı arasında bir çatışma olduğu, hangisinin diğerinden daha üstün olduğu tartışılrsa da gebe kişinin çocuk olması durumunda kendi geleceğini belirleme hakkının kanaatimizce daha üstün olduğu söylenebilecektir. Zira burada gebe çocuğun korunması da önem teşkil etmekte, bu kapsamda çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkı ile çocuğun korunması yönündeki

⁷²⁰ UYUMAZ, Alper/AVCI, Yasemin: “Türk Hukuku'nda Gebeliğin Sonlandırılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2016, s. 585.

⁷²¹ UYUMAZ/AVCI, s. 586. Bir görüşe göre, “Kadının vücudu üzerinde karar verme hakkını sınırsız kabul etmemek, ceninin yaşama hakkının kutsal kabul etmek daha isabetli görünmektedir... Sonuç olarak, bu konudaki birtakım eksiklerine rağmen mevcut kanunî düzenlemelerin yeterli olduğunu ifade etmekte bir sakınca bulunmamaktadır.” Bkz. UYUMAZ/AVCI, s. 586. Bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce ceninin yaşam hakkının kutsal sayılması, kişilerin kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmalarına engel teşkil etmekte ve çocuğun ne koşulda olursa olsun doğması, hatta kötü koşullarda büyümek ve yaşamak zorunda olmasının daha olumsuz sonuçlara yol açabileceği ihtimalinin göz ardı edilmesine neden olmaktadır. İstenmeyen çocuk, büyüdüğünde çok ciddi travmalara maruz kalabilmektedir. Ayrıca kişilerin kendi vücutları üzerinde, doğmamış bir ceninin yaşam hakkını savunma gerekçesiyle kısıtlamalarda bulunma, son derece katı ve baskıcı bir uygulamaya neden olacaktır. Her ne kadar, İslam hukukunda doğum anına kadar cenini canlı bir birey olarak kabul etmeyen bir anlayışın bulunmadığı ifade edilse de unutulmamalıdır ki, dini kurallara dayanmayan laik bir ülkede gebeliğin sonlandırılmasının sınırı İslam hukuku veya dini referanslar olamaz. İslam hukuku çerçevesinde ceninin durumu ve gebeliğin sonlandırılması hakkında detaylı bilgi için bkz. TÜFEKÇİ, İbrahim: “İslam Hukukuna Göre Gebeliğin Sonlandırılması”, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 45(45), 2013, s. 120. Bunun yanında, Alman Anayasa Mahkemesi'nin de cenini anayasal haklar açısından kısmen de olsa temel hak ehliyetine sahip olduğu ve kişilik haklarının korunduğu, velayet hakkına tabi olduğu yönündeki kararı için bkz. GRASSINGER, s. 53.

menfaatler, çocuğun üstün yararı ilkesi kapsamında değerlendirilerek onun yararına olacak kararlar alınmalıdır.

3.2.3.5.2 TCK'daki Düzenleme

Türk ceza hukukunda gebeliğin sonlandırılması, TCK'nın 99. ve 100. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun, söz konusu eylemi çocuk düşürme ve çocuk düşürme olarak nitelendirmiş, 99. maddede gebe olan kadın dışında başka biri tarafından gebeliğin hukuka aykırı şekilde sonlandırılması cezalandırılmıştır⁷²².

TCK'nın 99. maddesi açısından rızanın mevcudiyeti hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemektedir. Zira maddede suçun oluşması için aranan şartlardan biri, rızanın yokluğudur ve bu, tipiklik unsuru içerisinde kabul edilmelidir. Rızanın bulunması durumunda kanun metninde yer alan fiilin tipikliği gerçekleşmediğinden suç oluşmayacağından, burada rıza bir hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliğe ilişkin bir unsur olarak kabul edilmektedir⁷²³. TCK'nın 99. maddesinin birinci fıkrasına göre, on haftaya kadar olan gebeliğin sonlandırılabilmesi için rıza yeterlidir ve gebe kadının sağlığı açısından tıbbi bir zorunluluk bulunması gerekmemektedir. Buna karşılık, NPHK'nın 5. maddesine göre; gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi bir sakınca bulunmadığı takdirde istek üzerine gebelik sonlandırılabilir. Dolayısıyla, eğer ki gebe kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca bulunmamasına rağmen rızaya dayanarak onuncu haftaya kadar gebeliğin sonlandırılması durumunda TCK'nın 99. maddesi kapsamında bir suçtan bahsetmek mümkün

⁷²² 100. maddede ise gebe kadının hukuka aykırı şekilde gebeliğini kendisi sonlandırılması durumunda da kadının cezalandırılacağı hükmedilmiştir.

⁷²³ KANBUR, s. 1243.

olmayacaktır. Ancak rızaya dayalı olarak gebeliğin sonlandırılması TCK'daki başka suçlara vücut vermişse, bu durumda failin bu suçlardan sorumluluğu devam eder⁷²⁴.

TCK'nın 99. maddesinin ikinci fıkrasında tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde gebeliğin onuncu haftadan sonra rızaya dayalı olsa bile sonlandırılması halinde cezaya hükmedileceği yer almaktadır. Dolayısıyla tıbbi zorunluluğun bulunması halinde gebelik süresine bakılmaksızın gebeliğin sonlandırılması bu suçu oluşturmaz⁷²⁵.

Gebelik süresi on haftadan azsa gebe kadının kendi isteğiyle veya rızasıyla yetkili kişi tarafından gebelik sonlandırılabilir. Gebelik süresi on haftadan az olmakla birlikte rıza olsa da yetkili olmayan bir kişi tarafından gebeliğin sonlandırılması halinde TCK'nın 99. maddesinin beşinci fıkrası uygulama alanı bulacaktır. Gebe kadının rızası bulunmuyorsa, tıbbi zorunluluklar haricinde gebeliğin sonlandırılması suç teşkil etmektedir. Gebelik süresi on haftayı geçmişse, rıza bu işlemin suç olmasını değiştirmez. Bununla birlikte, TCK'nın 99. maddesinin ikinci fıkrası gereğince gebe kadına işlemi gerçekleştiren kişiden daha az ceza verilmektedir. Gebelik süresinin on haftadan fazla olması durumunda gebeliğin sonlandırılması tıbbi zorunluluklar dâhilinde mümkündür. Bu da bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilir. Gebeliğin bir suç sonucu meydana gelmiş olması durumu da TCK'nın 99. maddesinin altıncı fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir⁷²⁶.

⁷²⁴ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 305.

⁷²⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 306.

⁷²⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 309-310.

3.2.3.5.3 Değerlendirme

Gebeliğin sonlandırılmasında rıza konusunda çeşitli ihtimallere göre farklı sonuçlar ortaya çıkabilecektir⁷²⁷. Rıza konusunda önemli olan, gebenin medeni hukuk açısından fiil ehliyetine sahip olup olmaması değildir. Bakılması gereken, gebenin somut olayda gebeliğin sonlandırılması işleminin anlamını ve önemini algılama yeteneğinin olup olmadığıdır. Bu açıdan, kişinin yaşı, yapılacak işlemin niteliğini, önemini ve sonuçlarını, bu haktan vazgeçmesinin anlamını ve kapsamını algılayabilecek durumda olması önemlidir. Eğer ki kişi bu özelliklere sahip değilse, bu durumda yasal temsilcisinin bu konuda karar verebileceği ifade edilmiştir. Rızanın geçerli olması için ise, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 22. maddesinin birinci fıkrası gereğince kişinin yapılacak müdahalenin sonuçları konusunda aydınlatılmış olması gereklidir⁷²⁸.

Tıbbi zorunluluk hallerinin belirlenmesi içinse NPHK'nın 5. maddesinin ikinci fıkrasına gitmek gerekecektir. NPHK'nın gebeliğin sona erdirilmesi başlıklı 5. maddesine göre; gebe kadının sağlığı açısından tıbbi bir sakınca olmadığı takdirde istek üzerine gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar gebelik sonlandırılabilir. Gebeliğin on haftadan fazla olması durumunda ise, ancak annenin hayatını tehdit ediyorsa veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller açısından ağır maluliyete neden olacaksa, doğum ve kadın

⁷²⁷ Amerika Birleşik Devletleri yüksek mahkemesi, “Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth” davasında reşit olmayanların gebeliklerinin sonlandırılmasında ebeveynlerinin rızasının aranmayabileceğine karar vermiştir. Mahkeme kararında, evli olmayan bir çocuğun gebeliğinin ilk 12 haftada sonlandırılmasında, devletin aile birliğini ve ebeveyn otoritesini koruma gerekçesi ya da başka bir gerekçeyle ebeveyn izni şartını anayasal olarak dayatamayacağını vurgulamıştır. Ancak daha sonra “Bellotti v. Baird” davasında verilen bir kararla, gebeliğin sonlandırılmasında ebeveynin rızasının alınabileceğini ancak ebeveynin rıza vermek için hazır bulunmaması ya da rıza vermemesi durumunda hâkimin çocuğun çıkarları doğrultusunda gebeliğin sonlandırılması kararı verebileceğine hükmedilmiştir. Bu kararın bir sonucu olarak, devlet otoritesinin ebeveynin rızası üzerinde bir otorite kazandığı, ebeveynlerin çocuğun üreme konusundaki kararları üzerinde mutlak bir karar verici olamayacakları ifade edilmiştir. BARINA/BISHOP, s. 305-306.

⁷²⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 305. DÖNMEZ, s. 117 – 118.

hastalıkları uzmanı ve ilgili dallardan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile gebeliğin sonlandırılabilmesi mümkündür⁷²⁹. Müdahalenin derhal yapılmaması durumunda gebenin hayatı veya hayati organlardan birini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak gebeliğin sonlandırılabilmesi mümkündür⁷³⁰.

Burada dikkat edilmesi gereken konu ise, tıbbi zorunluluk bulunması durumunda gebenin rızasının aranıp aranmayacağıdır. Zira kanunlarda buna ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Bir düşünceye göre; TCK'nın 99. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “rızaya dayalı olsa bile” ibaresinden dolayı gebenin rızası olmasa da tıbbi zorunluluk bulunması durumunda gebeliğin sonlandırılabilmesi mümkündür⁷³¹. Kanaatimizce rıza alınmadan yapılacak her türlü tıbbi müdahale, hukuka aykırıdır ve bu nedenle de tıbbi zorunluluk bulunsa dahi gebenin rızası olmadan gebeliğin sonlandırılması mümkün olmamalıdır⁷³². Tıbbi zorunluluğun bulunmadığı hallerde de ortaya farklı sorular çıkmaktadır. Örneğin suç sonucu oluşan gebelikler veya çocuğun doğumundan sonra

⁷²⁹ Bu husus Tüzük'te de ayrıca düzenlenmiştir. Tüzük'ün 5. maddesine göre; kural olarak on haftayı geçen gebeliklerin sonlandırılması mümkün değildir. Ancak; Tüzük'ün ekli (2) sayılı listesinde yer alan hastalıklardan birinin varlığı halinde kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından on haftanın sonrasında da gebelik sonlandırılabilir. Bu hastalığın, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının hastalığa ilişkin uzmanlığı bulunan bir hekimle birlikte hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuvar bulgularına dayanan gerekçeli raporlarla saptanmış olması gereklidir. Tüzük'ün 6. maddesine göre; on haftayı geçen gebelikte, rahim tahliyesi, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. Buralarda, Tüzük'e ekli (3) sayılı listede yer alan araç, gereç ve personelin bulunması zorunludur. Doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller açısından ağır maluliyete neden olması durumu öğretide özürsüzlük endikasyonu olarak da adlandırılmaktadır. HAKERİ, s. 493.

⁷³⁰ Bu durumda, hekim müdahalede bulunmadan önce veya mümkün olmadığı durumlarda müdahaleden itibaren en geç yirmi dört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliğinin ilgili kamu kurumlarına bildirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

⁷³¹ DÖNMEZ, s. 124.

⁷³² Aynı yönde KANBUR, s. 1248.

karşı karşıya kalması muhtemel zorluklar açısından durumun ayrıca ele alınması gerekmektedir⁷³³.



⁷³³ Alman öğretisindeki bir görüşe göre, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin zorunluluğun yalnızca tıbbi açıdan değerlendirilmemesi gerektiği, kişinin suç sonucunda gebe kalması veya babanın doğumdan sonra çocukla ilgilenmeyeceğine yönelik iradesini açıkça ortaya koyması ancak yine de gebeliğin sonlandırılmasına karşı çıkması durumunda gebe açısından bir zorunluluk halinin söz konusu olacağı kabul edilmiştir. Yazar bu durumu endikasyon olarak adlandırmıştır. GRASSINGER, s. 53.

4. TIBBİ MÜDAHALENİN GERÇEKLEŞMESİNDEN DOĞACAK CEZA SORUMLULUĞU

4.1 Genel Olarak

Çalışmanın bu kısmında, daha önce incelenmiş olan tıbbi müdahaleler açısından, müdahaleyi gerçekleştiren ve müdahaleye çocuk adına rıza gösterenlerin muhtemel ceza sorumlulukları incelenecektir. Özellikle çocuğun rızasının bulunmadığı ya da alınmadığı hallerde veya yalnızca ebeveynin rızası ya da isteğiyle gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde hem ebeveyn ya da vasi hem de müdahaleyi gerçekleştirenler açısından ceza sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Bu kapsamda, suçun unsurlarının incelenmesi yöntemi kullanılarak, tıbbi müdahaleler açısından özellik arz eden suç tipleri ele alınarak belirli unsurlar çerçevesinde bir inceleme yöntemi tercih edilmiştir. Ayrıca tıbbi müdahaleler çerçevesinde ortaya çıkması muhtemel suç tipleri açısından değişiklik arz edebileceği düşünülen konular kapsamında değerlendirme yapılacaktır. Dolayısıyla, öncelikle korunması amaçlanan hukuki değer, ardından fail ve mağdur, devamında hareket ve netice, sonrasında ise manevi unsur ele alınacaktır.

Çocuğun vücudu üzerindeki tıbbi müdahaleyi, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları çerçevesinde genel olarak sağlık çalışanının, özel olarak ise yetkili hekimin gerçekleştirmesi gerekmektedir⁷³⁴. Bu başlık altında öncelikle hekimin, ardından

⁷³⁴ Bazı durumlarda hekim dışındaki kişilerin ya da sağlık çalışanı olmayanların da tıbbi amaçlı müdahalelerde bulunduğu rastlanmaktadır. Dolayısıyla bu kişiler, vücut bütünlüğüne gerçekleştirdikleri saldırıların dışında ayrıca yetkisiz olarak hekimlik icra etmekte olacaklarından ayrı bir ceza sorumluluğuyla da karşı karşıya kalacaklardır. Ancak çalışma konusunu genişletmemek adına burada yalnızca sağlık çalışanlarının ve kanuni temsilcinin ceza sorumluluğundan bahsedilecek, diğer kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerden doğacak ceza sorumlulukları konu kapsamı dışında tutulacaktır. Zira çalışma, tıbbi müdahale niteliğindeki uygulamaları konu edinmektedir. Diğer kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik

hekim dışındaki sağlık çalışanlarının tıbbi müdahalelerden doğabilecek ceza sorumluluklarından bahsedilecektir. Burada suç tiplerine özel olarak değinilmeyecek, yalnızca tıbbi müdahaleler nedeniyle ortaya çıkabilecek suçlarda korunması amaçlanan hukuksal değer, fail, hareket, netice, manevi unsur açısından bir değerlendirme yapılacaktır.

4.2 Korunması Amaçlanan Hukuki Değer

Suçla korunması amaçlanan hukuki değer kavramı, hukukçular tarafından tartışılan bir konudur. Aydınlanma çağından bu yana üzerinde çok sayıda çalışma yapılmış ve Alman ceza hukuku teorisinde önemli bir rol oynamıştır⁷³⁵. Terim ve kavram açısından da hem yabancı hukukta hem de Türk hukukunda ortak bir kullanım bulunmamaktadır⁷³⁶.

Suçla korunması amaçlanan hukuki değer ile suçun maddi konusu her ne kadar bazı durumlarda bağlantılı olsa da aslında birbirinden farklı kavramlardır. Suçun maddi konusu her zaman somut bir varlığa işaret ederken suçla korunması amaçlanan hukuki değer genellikle soyut niteliktedir. Suçun maddi konusu genellikle suçun asli veya geçici

müdahaleleri her ne kadar “tedavi” amacı gütsen de bir tıbbi müdahalenin sahip olması gereken şartların tamamını taşımadığından çalışma konusunun bu açıdan da dışında kalmaktadır.

⁷³⁵ ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 42.

⁷³⁶ ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 46-55. Türk hukuk öğretisindeki tanımlara bakılacak olursa, kavram Toroslu tarafından “*Suçtan doğrudan doğruya zarar gören şahsa veya şahıs topluluğuna, yani suçun pasif süjesine ait özel bir varlık*”, Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük tarafından “*kanun koyucuyu tipi düzenlemeye iten soyut menfaat*” şeklinde tanımlanmıştır. TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 166. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 221. Ünver bu konuda çok detaylı bir çalışma yaparak hem yabancı hem de Türk hukuk öğretisindeki tüm kavram kullanımlarını ele almış ve aktarmıştır. Çalışmanın konusu dışına çıkmamak adına bu kavram tartışmasına değinmeden yalnızca kavramın tanımına ilişkin görüşler aktarılacak ve konuyla bağlantı kurulacaktır. Ünver çalışmasının adını da oluşturan kavramı, “korunması amaçlanan hukuksal değer” olarak ifade etmiştir. Bu çalışmada ise “korunması amaçlanan hukuki değer” kavramı kullanılmıştır. Zira kanun koyucu bir hukuki değeri koruma amacıyla düzenlemiş olup bu değer kanunda bu şekilde düzenlenmiş olması onun kendiliğinden bir dokunulmazlığa sahip olarak korunacağı anlamına gelmeyecektir. Kanun koyucu burada bir amaca sahiptir. Dolayısıyla, hukuki değer kanun koyucu tarafından “korunması amaçlanan” bir değer olduğunu kabul ederek kavramın da bu şekilde ifade edilmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

unsurunu oluşturmaktayken korunması amaçlanan hukuki değer ise tipiklik dışında ve suça içkin bir niteliğe sahiptir. Her suçun hukuki değeri bulunurken suçun maddi konusu her suçta bulunmayabilir. Zira ceza hukukunda hukuka aykırı fiil her zaman için bir varlık veya menfaati ihlal etmektedir⁷³⁷. Bununla birlikte, hukuki konunun belirlenmesi, mağdurun kim olduğunun belirlenmesi açısından da katkı sağlayacaktır. Zira mağdur, suçla zarar verilen veya tehlikeye uğratılan değer sahibidir⁷³⁸.

Kasten ve taksirle yaralama suçunda korunması amaçlanan hukuki değer vücut bütünlüğü ve vücut dokunulmazlığı olması esasen Anayasa'nın 17. maddesinden kaynaklanmaktadır. Önceki konularda da bahsedildiği üzere, Anayasa'nın 17. maddesine göre; “...Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz...” ifadesiyle koruma altına alınan vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı ayrıca uluslararası belgelerle de korunmaktadır⁷³⁹. Ayrıca TCK'nın 86. maddesinde yer alan “Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan...” ifadesi nedeniyle çocuğun ruh sağlığına yönelen hareketlerin de bu kapsamda yaralama fiilini oluşturacağı söylenebilecektir⁷⁴⁰.

Genital muayenede korunması amaçlanan hukuki değer konusunda öğretide farklı görüşler yer almaktadır. Zira bu suç her ne kadar vücut bütünlüğüne müdahale niteliğinde olsa da TCK'da “Adliye Karşı Suçlar” arasında düzenlenmiştir. Bir görüşe göre, bu

⁷³⁷ TOROSLU, s. 195-198. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 201. DEMİRBAŞ, s. 606-607.

⁷³⁸ PISAPIA, Gian Domenico: İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım, (Çev. Atıf AKGÜÇ), Adalet Bakanlığı Yayınları No: 10, Ankara, 1971, s. 41.

⁷³⁹ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 137. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAĞIZ/BAŞBÜYÜK, s. 207-208. Korunması amaçlanan hukuki değer arasında sağlığın da bulunduğu dair görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 200.

⁷⁴⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 200.

suçta korunması amaçlanan hukuki değer yargı mekanizmasının doğru işlemesidir⁷⁴¹. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, bu suçla korunması amaçlanan birden fazla hukuki değer bulunmakta; bunlar bireyin vücut bütünlüğü, cinsel özgürlük ve kişi özgürlüğü olarak sayılabilecektir⁷⁴².

Gebeliğin sonlandırılmasında korunması amaçlanan hukuki değer ne olduğu konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Ceninin yaşamı, annenin yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığı, üreme özgürlüğü, aile birliğinin varlığı, nüfusa ilişkin menfaatler, ırkın bütünlüğünün ve devamlılığının korunması⁷⁴³ gibi birçok farklı hukuki değer ele alınmakla birlikte, birden fazla hukuki yararın korunmasının amaçlandığı kabul edildiğinde, bunlardan hangisinin daha üstün kabul edilip korunmasının önceliklendirilmesi gerektiği yönünde de bir görüş birliği bulunmamaktadır. TCK'nın 99. maddesinin 1. fıkrası kapsamında durum ele alındığında, yetkili olmayan bir kişi tarafından rıza dışında gebeliğin sona erdirilmesi cezalandırıldığı için ceninin yaşamının değil, annenin sağlığının korunmasının amaçlandığı öne sürülmüştür⁷⁴⁴. 2. fıkra ise gebeliğin 10. haftadan sonra sonlandırılması durumunda annenin kendi geleceğini belirleme hakkının değil, ceninin yaşam hakkının öncelikli olarak korunduğu öne sürülmüştür⁷⁴⁵. 2. fıkra her ne kadar bunu amaçlamış olsa da gebeliğin sonlandırılmasında

⁷⁴¹ Bu düşünce, suçların kanunda gelişigüzel değil belli bir sistematik içerisinde düzenlendiğini ifade etmiş ve genital muayene suçunun adliye karşı suçlar arasında yer almasının bir sonucu olarak bu suçta kişiyi korumanın amaçlanmadığı öne sürülmüştür. NUHOĞLU, Genital Muayene, s. 2991. Aynı görüş, rıza dışı genital muayenenin aynı zamanda kasten yaralama suçuna vücut vereceğini, bu nedenle de kişilere karşı suçlar arasında değil, adliye karşı suçlar arasında düzenlenmesinin yerinde olduğunu ifade etmiştir. NUHOĞLU, Genital Muayene, s. 2992.

⁷⁴² ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, s. 527. HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 361. YENERER ÇAKMUT, Genital Muayene, s. 51. AYDIN/KARAASLAN, s. 6-7.

⁷⁴³ Bu görüşlere dair bkz. OKTAR, Salih: Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları (TCK. m. 99-100), On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 161 vd.

⁷⁴⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 298-299. OKTAR, s. 173.

⁷⁴⁵ OKTAR, s. 173.

kendi geleceğini belirleme hakkının daima üstün olması gerektiğini savunmaktayız ve bu çerçevede 2. fıkradaki düzenlemenin bunun önüne geçtiğini, gebe kadının kendi rızası bulunsu bile gebeliğinin sonlandırılmasından dolayı kendisinin dahi cezalandırılmasının kişi özgürlüğü ve vücut bütünlüğünün korunması hakkı çerçevesinde doğru olmadığını kabul etmekteyiz.

Kötü muamele⁷⁴⁶ ve aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali⁷⁴⁷ korunması amaçlanan hukuki değer aynı konutta yaşayanların insan onuru ve özgürlüğü olduğu ifade edilmiş; her ne kadar kötü muamele suçunun gerçekleşmesi için kişilerin aynı konutta yaşamaları yeterli olsa da suçların aile düzenine karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olması nedeniyle, insan onuru, vücut bütünlüğü, kişi dokunulmazlığı ve özgürlüğünün korunması suretiyle ailenin de korunmasının amaçlandığı ifade edilmiştir⁷⁴⁸. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali ise korunması amaçlanan hukuki değer suçun tamamı açısından aile düzeni olduğu savunulmuştur. Özel olarak 1. fıkra ve 3. fıkra ele alındığında ise korunması amaçlanan hukuki değer

⁷⁴⁶ “Kötü muamele

Madde 232- (1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İdaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir.”

⁷⁴⁷ “Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali

Madde 233- (1) Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikayet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

...

(3) Velayet hakları kaldırılmış olsa da, itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

⁷⁴⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1006. NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 100. Bir görüşe göre, bu suçla korunması amaçlanan hukuki değer, aile ilişkileri değil ailenin düzenidir. AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman: Kötü Muamele, Özel Ceza Hukuku Cilt VII, Genel Ahlak Karşı Suçlar ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 245.

çocuğun kendisi ve yararı olduğu belirtilmiştir⁷⁴⁹. Bu açıdan eleştirdiğimiz nokta, 1. fıkarda yer alan suçun şikâyetle bağlı olmasıdır. Korunması amaçlanan hukuki değer in çocuğun yararı olduğu göz önüne alınırsa, bu suç açısından şikâyet şartının kaldırılması gerektiğini düşünmekteyiz.

4.3 Fail

Ceza kanununda veya ceza normu içeren kanunlardaki suç niteliğindeki fiilleri gerçekleştiren kişi fail olarak adlandırılır. İnsan olmak ve hayatta olmak suç faili olmanın şartlarıdır⁷⁵⁰. Failin tanımı TCK'nın 6. maddesindeki tanımlar kısmında yapılmamıştır ancak suça iştirakin düzenlendiği dördüncü bölümde 37. madde faillik başlığını taşımakta, maddenin 1. fıkrasında yer alan *“Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerde her biri, fail olarak sorumlu olur.”* ifadesinden failin tanımının çıkarılabileceği ve bu çerçevede *“suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi”* nin fail olarak adlandırılabileceği ifade edilmiştir⁷⁵¹.

Ceza hukukunda genel olarak suçlar, herkes tarafından işlenecek şekilde ele alınmaktadır ve TCK'da da genellikle bu şekilde düzenlenmiştir. Ancak suçu işleyen kişinin sahip olduğu sıfat, bazı durumlarda suçun unsurları açısından veya hukuka uygunluk nedenleri ya da nitelikli hallerde önem teşkil edebilir. Bu tür hallerde, özgü suç kavramından bahsetmek gerekmektedir. Örneğin; işkence suçunun yalnızca kamu

⁷⁴⁹ NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 165. IŞIK YILMAZ, s. 84. 1. fıkarda korunması amaçlanan hukuki değer in, medeni hukuktan doğan ve temelini aile bağlarından alan yükümlülüklerle bağlantılı talepleri ve ihtiyaçların sağlanması olduğu; 3. fıkarda ise çocuğun maddi ve manevi varlığı ile fiziki, ahlaki ve ruhsal gelişiminin korunmasının amaçlandığı ifade edilmiştir. AKSOY RETORNAZ, Eylem: Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali, Özel Ceza Hukuku Cilt VII, Genel Ahlak Karşı Suçlar ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 274.

⁷⁵⁰ DÖNMEZER/ERMAN, s. 699-700. DEMİRBAŞ, s. 535. Tüzel kişilerin suç faili olup olamayacakları konusu tartışmalı olduğu gibi, çalışma konusunun dışında kaldığından bu tartışmaya yer verilmemiştir.

⁷⁵¹ HAKERİ, Genel Hükümler, s. 120. BAŞ, s. 113-114.

görevlisi olan kişiler tarafından işlenebilmesi, failin sıfatının suçun bir unsuru haline gelmesi sonucunu doğurur⁷⁵².

4.3.1 Tıbbi Müdahalede Bulunanlar

4.3.1.1 Hekimler

Hekimlerin yaralama suçunun faili olabilmesi mümkündür, ancak bunun için tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarının bulunmaması gerekmektedir. Ayrıca hekimin kasten yani bilme ve isteme unsurlarıyla hareket etmesi, bu suçun oluşabilmesi için önem teşkil etmektedir⁷⁵³. Zira hekimlerin gerçekleştirdiği her tıbbi müdahale tipik olarak kasten yaralama eylemidir⁷⁵⁴. Ayrıca hekimin teşhis, tedavi ve hastalığı önleme amacı bulunmaksızın gerçekleştirdiği müdahalelerden de sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir⁷⁵⁵.

⁷⁵² DÖNMEZER/ERMAN, s. 724-725. DEMİRBAŞ, s. 536. *Öztürk/Erdem*, belirli kişiler tarafından işlenebilen suçları iki başlık altında açıklamıştır. Bunlar; özgü suç ve bizzat işlenebilen suçlardır. Özgü suçun açıklamasını yukarıyla paralel yapan yazarlar bizzat işlenebilen suçları fail tarafından bizzat gerçekleştirilmesi gereken hareketlerle işlenebilecek suçlar olarak ifade etmişler ve TCK'nın 272. maddesinde yer alan yalan tanıklık suçu örneğini vermişlerdir. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 199. *Hakeri* bu suçları “mahsus suç” olarak da adlandırmıştır. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 123-124.

⁷⁵³ Bir görüşe göre, hastanın rızası bulunsa bile müdahale sonucunda sağlığının bozulması ya da tehlikeye sokulması halinde hekimler kasten yaralama suçundan sorumlu olabilecektir. Bkz. SOYASLAN, Hekimin Ceza Sorumluluğu, s. 127. TANERİ, s. 93. *Soyaslan* cinsiyet değişikliklerini örnek olarak göstererek, bazı kişilerin vücutlarındaki hormonal dengenin bu değişime imkân vermediği, yine de hekimlerin bu yönde bir tıbbi müdahale gerçekleştirmeleri durumunda kasten yaralama suçunun oluşacağını öne sürmüştür. SOYASLAN, Hekimin Ceza Sorumluluğu, s. 127.

⁷⁵⁴ Hekimin müdahalesinin tipik olmadığı, fiilin kanunda yer alan tarife uymadığı, suçun maddi unsurunun hekim açısından gerçekleşmediği, hekimin hastaya karşı zarar verme gibi bir düşüncesi olmadığı gibi aksine iyileştirme amacı bulunduğu için manevi unsurun da bulunmadığı, dolayısıyla hekimin mesleğini icra etmesi ve kendine tanınan bir hakkı kullanması nedeniyle fiilin hukuka uygun hale geldiği yönündeki görüş için bkz. SOYASLAN, Hekimin Ceza Sorumluluğu, s. 123. *Soyaslan* ayrıca, tedavi, sağlık kontrolü, vücuttan örnek alınması gibi durumlarda rıza aranmıyorsa ortada suç oluşturan bir eylemin olmadığını, kanunun bu gibi durumlarda müdahale edilmesini emrettiğini, hastanın hayati bir durumu söz konusu olduğunda hekimin hastanın rızası olmadan hatta zorla da olsa müdahale etmesinin de bir suça vücut vermeyeceği, zira hekimin burada üçüncü kişi lehine meşru savunma ve zorunluluk hali kapsamında hareket ettiğini öne sürmektedir. SOYASLAN, Hekimin Ceza Sorumluluğu, s. 122. Başka bir görüşe göre ise, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarını taşıması durumunda, her ne kadar kasten yaralama suçunun unsurlarını taşıyor olsa da hukuka uygun bir eylem olarak kabul edilmelidir. Hekimin kendisine kanunen verilen bir yetkiyi kullanarak mesleğini icra etmesi durumunda cezalandırılmaması gerektiğini savunan bu görüşe göre, ceza sorumluluğu ihtimali ancak hekimin tedavi amacı dışında bir müdahale gerçekleştirmesi veya bilgi yetersizliği nedeniyle yapacağı hatalar nedeniyle söz konusu olmalıdır. TANERİ, S. 114.

⁷⁵⁵ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 144.

Dolayısıyla, eğer ki hekimler tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları bulunmadığı halde bir müdahale gerçekleştiriyorlarsa, eylemlerinin hukuka aykırılığı ortadan kalkmayacağından sorumlu tutulabileceklerdir. Bu nedenle, her tür tıbbi müdahalenin somut olayda ayrı ayrı değerlendirilerek eylemin kasten yaralama fiilini oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gereklidir. Kanaatimizce, hekimin her müdahalesinin kategorik olarak hukuka uygun olduğunu ve kasten yaralama suçunun söz konusu olmayacağını söylemek yerinde olmayacaktır.

Bu açıdan bakıldığında, her ne kadar erkek çocuk sünnetinin çeşitli gerekçelerle hukuka uygun olduğunu öne süren yazarlar⁷⁵⁶ olsa da kanaatimizce burada kasten yaralama suçunun tipik fiili oluşmaktadır⁷⁵⁷ ve yukarıda “3.2.3.3 Sünnet” başlığında açıkladığımız nedenlerle, çeşitli şekillerde hukuka uygunluk gerekçeleri sunularak fiilin cezalandırılmaması yoluna gidilmemelidir. Dolayısıyla müdahaleyi gerçekleştiren hekimin kasten yaralamadan sorumlu olması gerektiğini düşünmekteyiz.

Genital muayene suçunun faili, mağduru genital muayeneye gönderen veya genital muayeneyi yapan herkes olabilir. Kanun bu konuda muayeneye gönderen kişi hakkında özel bir ayırım yapmadığı için ebeveyn de bu suçun faili olabilecektir⁷⁵⁸. Aynı şekilde genital muayeneyi yapan kişi açısından da sağlık mesleği mensubu veya hekim

⁷⁵⁶ NUHOĞLU, s. 219. YERDELEN, s. 65. ERMAN, s. 204, HAKERİ, Tıp Hukuku C. I, s. 541. ÖZGENÇ, s. 393.

⁷⁵⁷ Aynı yönde MEMİŞ KARTAL, s. 151.

⁷⁵⁸ Aynı yönde bkz. ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, s. 528. DÜLGER, s. 50. YENERER ÇAKMUT, Genital Muayene, s. 51. EROĞLU, s. 1131-1132. TOPÇU, s. 126. AYDIN/KARAASLAN, s. 12. Ebeveynin çocuğunu teşhis veya tedavi için genital muayeneye götürmesi durumunda bu suçun oluşmayacağı, ancak çocuğun rızası olmadığı halde sırf cinsel ilişkiye girip girmediğini öğrenebilmek için muayeneye götürülmesi durumunda suçun oluşacağı ifade edilmiştir. DÜLGER, s. 50-51. Genital muayeneye gönderme fiili açısından ebeveynin fail olamayacağı zira reşit olmayan çocuklar açısından ebeveynin çocuğun muayenesinde rıza gösterme yetkisine sahip olduğu, hatta çocuk rıza gösterme yeteneğine sahip olsa da ebeveynin fail olamayacağı; ancak örneğin yurt müdürü, okul müdürü veya kolluk görevlisinin fail olmasının mümkün olduğu görüşü için bkz. HAKERİ, s. 361.

olma gibi bir şart yer almadığından muayeneyi suç tipinde yazan şartlar haricinde yapan herkes bu suçun faili olabilir⁷⁵⁹. Bu suç muayeneyi yapan hekimin hâkim ve savcı kararı olmaksızın bir kişiyi muayene etmesi sonucunda ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla bu karar varsa, yapılan muayene bu suçu oluşturmayacaktır⁷⁶⁰. Ancak hukuka aykırı bir gönderme olmasa da genital muayene yapma eyleminin hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilmesi durumunda da bu suçun oluşacağı öne sürülmüştür⁷⁶¹. Kanaatimizce de, hakim ve savcı kararı da olsa genital muayene fiilinin tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartlarına uyulmaksızın gerçekleştirilmesi durumunda hekimin ceza sorumluluğundan bahsedilmesi mümkün olabilecektir.

Çocuğa karşı işlenmiş olan bir cinsel istismar ya da reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun gizlenmesi için kızlık zarı dikimi (hymenoplasti) uygulamasının yapılması halinde, müdahaleyi yapan hekimin suçu bildirmeme suçuna iştirak edebileceği ifade edilmiştir⁷⁶². Kanaatimizce bu durumda, TCK'nın 280. maddesinde yer alan “sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi” suçunun oluşabileceğinden bahsedilebilir. Zira TCK'nın 278. maddesinde yer alan “Suçu bildirmeme” suçu yalnızca işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte suç nedeniyle ortaya çıkan neticelerin

⁷⁵⁹ Aynı yönde bkz. ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, s. 527. DÜLGER, s. 51. YENERER ÇAKMUT, Genital Muayene, s. 52. TOPÇU, s. 129. AYDIN/KARAASLAN, s. 16. Üner'e göre, hukuka aykırı bir şekilde “kızlık zarı muayenesi” adı altında küçük şehir, ilçe ve köylerde sağlık çalışanı olmayan kişiler tarafından yapılması söz konusu olmaktadır ve bu nedenle bu tür durumlarda da genital muayene suçunun işlenmesi söz konusu olabilecektir. ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, s. 529. Aksi yönde, Genital muayene yapmak fiilinde suçun bir özgü suç olduğu ve bu nedenle yalnızca sağlık personellerinin bu suçu işleyebileceği hakkında bkz. HAKERİ, s. 362.

⁷⁶⁰ Kendi rızasıyla hekime giden bir kişinin genital muayeneye rıza göstermemesi ve tıbbi bir zorunluluk da bulunmaması durumunda bu suçun oluşmayacağı, şartları dahilinde kasten yaralama veya cinsel saldırı suçundan bahsedilebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca, suçun düzenlenme amacının bekaret kontrollerinin küçük düşürücü niteliği sebebiyle önüne geçmek veya yurt ya da okul müdürlerinin kişileri muayeneye göndermeleri sonucunda hekimlerin bu muayeneyi yapmalarını engellemek olduğu belirtilmiştir. Bkz. HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 364. Aksi yönde bkz. DÜLGER, s. 55 yönünde bkz. EROĞLU, s. 1135.

⁷⁶¹ EROĞLU, s. 1133.

⁷⁶² EKİNCİ, Kızlık Zarı, s. 69.

sınırlandırılmasının halen mümkün olduğu bir suçun bildirilmemesi durumunda söz konusu olabilecektir. Kızlık zarı dikimi uygulamasında suç tamamlanmıştır ve neticeler de ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla hekim açısından burada yalnızca TCK'nın 280. maddesi söz konusu olabilir⁷⁶³.

Gebeliğin sonlandırılması suçunda fail, müdahaleyi yapmaya yetkili kadın hastalıkları ve doğum hekimleri olabileceği gibi aynı zamanda diğer hekimler ve hatta hekim olmayan kişiler de olabilir. Ancak elbette ki rızanın önemi bu suç açısından önemlidir zira rıza vurgusu özellikle suçun kanuni tanımında yapılmıştır. Dolayısıyla gebe kadının rızası yoksa, fail yetkili dahi olsa cezalandırılacaktır. Gebenin rızasının bulunmaması durumunda, gebelik süresinin ya da işlemi gerçekleştiren kişinin yetkili olup olmadığı önemli olmaksızın bu suçun oluşacağını söylemek gereklidir⁷⁶⁴.

4.3.1.2 Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetler

Tıbbi müdahaleler genellikle ekip halinde yürütülen niteliğe sahiptir. Dolayısıyla fail konusunu işlerken, ceza hukukunda taksirli sorumluluk açısından gündeme gelecek

⁷⁶³ Ancak bu uygulamanın gerçekleşmesine neden olan cinsel istismar suçunun adli makamlara önceden bildirilmiş ve suçla ilgili olarak soruşturma başlatılmış olması durumunda elbette ki hekimin TCK'nın 280. maddesinden dolayı herhangi bir sorumluluğu bulunmayacaktır. Benzer yönde ÖZGENÇ, İhmali Suç, s. 358.

⁷⁶⁴ Rızanın bulunması durumunda ise şartlar sağlanıyorsa TCK'nın 99. maddesinin ikinci fıkrasından veya 100. maddedeki çocuk düşürme suçundan bahsedilebilecektir. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 299-304. Ayrıca her ne kadar TCK'da yalnızca gebe kadının rızası aranıyorsa da NPHK'da rıza gösterecek kişiler daha ayrıntılı düzenlenmiştir. TCK'da bu suçun oluşabilmesi için yalnızca gebe kadının rızası arandığından, NPHK'da yer alan örneğin kadının evli olması durumunda gebeliğin sonlandırılabilmesi için eşin rızasının da alınması koşulu bu suç için aranmayacak ve hatta bu suçun oluşmayacağını söylemek gerekecektir. Aynı yönde TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 304-305. KANBUR, Nihat: "Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu, in: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No. 142, Ankara 2008, s. 1245. DÖNMEZ, s. 114.

olan mesele ekip halinde yürütülen bu faaliyetlerdeki ceza sorumluluğunun nasıl tespit edileceğidir. Bu bağlamda, ceza hukukunda güven ilkesine değinmek gerekmektedir⁷⁶⁵.

Güven ilkesi, bireylerin belirli bir durumda karşılaşma ihtimali olan tehlikeleri önceden öngörmek veya tahmin etmek suretiyle, bu tehlikelere karşı çeşitli kaçınma yolları geliştirmeleri gerekliliğine dair kural olarak ifade edilmiştir. Özellikle iş bölümünün söz konusu olduğu ve tehlikeli faaliyetlerin yürütüldüğü alanlarda birden fazla kişinin çalıştığı durumlarda gündeme gelmektedir. Bu gibi faaliyetlerde kişiler, diğerinin gerekli yükümlülüklerle uygun davranarak hareket ettiğini düşünüp bu kişilere güvenmektedirler. Bu gibi hallerde kural olarak herkesin kendi kusurundan dolayı sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir⁷⁶⁶. Ancak bu ihtimal, kişilerin eşit konumda veya birbirlerini gözetim ve kontrol yükümlülüklerinin olmaması durumunda geçerlidir. Örneğin bir uzman hekimin, başka bir uzman hekimin gerçekleştirdiği faaliyetlere, hatalı bir durumla karşılaşmaması şartıyla, güvenmesi doğaldır ve bir gözetim ve kontrol yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilir⁷⁶⁷.

Ancak birlikte yürütülen faaliyetlerde bir kişinin diğerleri üzerinde gözetim, kontrol veya tedbir alma yükümlülüğü varsa, yükümlülüğünü yerine getirmesi beklenecektir⁷⁶⁸. Bu gibi hallerde güven ilkesinin artık söz konusu olmayacağı ifade

⁷⁶⁵ KATOĞLU, Tuğrul: “Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu”, TBB Dergisi, 68, 2007, s. 33. ÜNVER, Yener: “Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyum Kitabı, Ankara 2008, s. 885 vd. DOĞRAMACI, Yakup Gökhan: Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği ve Güven İlkesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 100 vd. DÜZENLİ, Hilal: Ceza Hukukunda Güven İlkesi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2022, s. 163 vd.

⁷⁶⁶ KATOĞLU, Güven İlkesi, s. 31-32. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 201. AKBULUT, s. 451 vd. Güven ilkesinin bu sayede kişilerin kendi uzmanlık alanlarına yoğunlaşmaları ve bir iş bölümü yarattığı için daimî bir kontrol zorunluluğunun ortadan kalkmasını sağlayacağı ifade edilmiştir. KATOĞLU, Güven İlkesi, 32.

⁷⁶⁷ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 201. AKBULUT, s. 451-454.

⁷⁶⁸ Yükümlülük hiyerarşiden kaynaklanabileceği gibi, diğer kişilerin fiili nedeniyle ortaya çıkabilecek zarar veya tehlikenin öngörülebilmesi ya da önlenibilmesi mümkünse, bu hallerde de sorumluluğun tamamen

edilmiştir⁷⁶⁹. Örneğin bir cerrahi müdahale esnasında müdahalenin yürütülmesinden sorumlu olan hekim, garantör sıfatıyla ameliyathanede bulunan diğer kişiler üzerinde gözetim ve kontrol yükümlülüğü altındadır ve olumsuz bir sonuç meydana gelmesi durumunda ceza sorumluluğunun doğması söz konusu olabilecektir⁷⁷⁰. Bu durumda artık taksirli sorumluluk gündeme gelebilecektir.

4.3.2 Ebeveyn

Vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilerek tıbbi müdahalelerin bir kısmında çocuğun rızası aranmaktayken bir kısmında ise yalnızca ebeveynin isteği ya da rızası yeterli olabilecektir. Ancak bu durum, ebeveynin ceza sorumluluğunun hiçbir zaman doğmayacağı anlamını taşımaz. Rıza başlığı altında detaylıca açıklandığı üzere, her ne kadar bu durum çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkına kimi zaman engel teşkil etse de iç hukukun buna izin verdiği görülmektedir. Bununla birlikte uluslararası düzenlemeler dikkate alındığında ve Anayasa'nın 90. maddesi çerçevesinde bir değerlendirme yapılacak olursa, hukukun bütünlüğü ilkesi gereğince bu müdahalelere rıza gösteren ebeveynin de ceza sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Ebeveynlerin çocukları üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğü kapsamında bir garantörlük sıfatının bulunduğu kabul edildiğinde, bu şekilde işlenebilecek fiiller

bölünmeyeceği kabul edilmiştir. MANTOVANI, Ferrando: Diritto Penale Parte Generale, 3. Edition, Cedam, Padova 1995, s. 353'ten aktaran KATOĞLU, Güven İlkesi, 32.

⁷⁶⁹ KATOĞLU, Güven İlkesi, s. 33.

⁷⁷⁰ AKBULUT, s. 455-456. İtalyan Temyiz Mahkemesi'nin verdiği bir kararda, hastanın karnında unutulmuş tampondan dolayı anesteziistin bir denetim yükümlülüğü olmadığından sorumlu tutulamayacağına hükmedilmiştir. Bunun yanında, cerrahın ise asistanın işlemlerini denetim ve gözetim yükümlülüğü altında bulunduğu ve davranış kurallarına aykırı nitelikteki fiillerden dolayı sorumlu olacağı kararına varmıştır. Sonuçlar öngörülebilir ve önenebilir olduğu sürece, iş bölümü olsa dahi denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunanların taksirli sorumluluğunun söz konusu olacağı ifade edilmiştir. MANTOVANI, s. 353-354 ve BILANCETTI, Mauro, La responsabilità penale e civile del medico, CEDAM, Padova. 2003, s. 756, 759'dan aktaran KATOĞLU, Güven İlkesi, s. 34.

açısından ceza sorumluluklarının doğacağını söylemek mümkündür. Bunun yanında TCK'nın sekizinci bölümünde yer alan “Aile Düzenine Karşı Suçlar” kapsamında 232. maddede yer alan “Kötü muamele” ve 233. maddede yer alan “Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali” suçları açısından da fail olarak değerlendirilmeleri mümkün olabilecektir.

Aile düzenine karşı suçlarda fail açısından bir değerlendirme yapmak için suçların fıkralarını ayrı ayrı ele almak gerekecektir. Zira kötü muamele suçunda ilk fıkroda aynı konutta birlikte yaşayan kişilerden bahsedilmiş, 2. fıkroda ise idaresi altında bulunan ya da büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olan kişi hakkında bir düzenleme yapılmıştır. Maddede aynı konutta yaşayan kişilerden bahsedildiği için, bu suçun faili ile mağduru arasında mutlaka bir akrabalık ilişkisi ya da bu kişilerin aile bireyi olmasına gerek bulunmamaktadır⁷⁷¹. Ancak çalışma konusu ebeveynlerin ceza sorumluluğu olduğu için aynı konutta yaşayan ebeveynlerin bu suçun faili olabileceği söylenebilecektir. Suçun faili açısından fiili veya hukuki bir özelliğin bulunmasına gerek olmadığı ifade edilmekle⁷⁷² birlikte, yalnızca aynı konutta yaşayanlar tarafından işlenebilmesi açısından kanaatimizce özgü suç olarak kabul edilebilecektir⁷⁷³. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçunda ise fail 1. fıkroda aile hukukundan doğan yükümlülüklerle sahip olan kişidir. Elbette burada TMK kapsamında bu yükümlülüğe sahip kişilerin kim olduğunun ele alınması gerekmele birlikte çalışma konusu kapsamında ebeveynin bu suçun faili olabilmesi mümkündür. 3. fıkroda ise doğrudan anne ve babadan bahsedilmektedir. Dolayısıyla burada failin

⁷⁷¹ ZAFER, s. 127.

⁷⁷² ZAFER, s. 127.

⁷⁷³ Ebeveynin ayrıca bazı suçlar açısından ihmali hareketle davranması nedeniyle fail olarak değerlendirilmesi söz konusu olabilecektir. Bu konuya fiil kısmında ayrıca değinilmiştir.

belirlenmesi çok daha kolaydır. Bu bağlamda bu suçun da özgü suç olduğu söylenebilecektir. Hatta 3. fıkra, velayet hakkı kaldırılmış olsa dahi anne-babanın bu suçun faili olabileceğini öngörmektedir⁷⁷⁴. Bu nedenle velayetin öneminin bulunmadığı söylenebilecek, anne ve baba boşanma sebebiyle velayete sahip olmasa veya TMK'nın ilgili hükümleri gereğince velayet kaldırılmış olsa dahi suçun faili olabileceklerdir.

4.4 Hareket

Ceza hukukunun konusu, dış dünyaya yansıyan ve icra ya da ihmal suretiyle gerçekleştirilen iradi insan davranışlarıdır⁷⁷⁵. Ceza hukukunda hareket olmadan suç olmaz (nullum crimen sine actione) ilkesi kabul edilmektedir. Her suçta hareket bulunmalıdır ve bu hareket icra veya ihmal şeklinde olabilir. Bazı suçlar ise icrai nitelikte işlenebildiği gibi ihmali nitelikte de işlenebilmektedir. İnsanın dış dünyaya yansıyan davranışı olarak da tanımlanan hareket, farklı suç tipleri açısından çeşitli şekillerde ayrımlara göre incelenmektedir⁷⁷⁶. Çocuklar üzerinde gerçekleştirilen ve çalışma konusu

⁷⁷⁴ IŞIK YILMAZ, s. 84-85.

⁷⁷⁵ KEYMAN, Selahattin: “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 40(1), 1988, s. 122. Bazı yazarlar fiil kavramını kullanmaktadır. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 299. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 202. Yazarlar ayrıca ceza hukuku anlamındaki hareketi şöyle tanımlamışlardır: “*Tipte öngörülen ve yine tipik neticenin gerçekleşmesi bakımından nedensellik değeri taşıyan irade ile dizginlenebilen ve sosyal açıdan değere sahip bir insan davranışdır.*” Ayrıca hareketin iradi olması ve sosyal açıdan bir öneminin bulunması gerektiği de ifade edilmiştir. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 203.

⁷⁷⁶ DÖNMEZER/ERMAN, s. 83. ALACAKAPTAN, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 263, Ankara 1970, s. 35-37. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 299. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAŞIZ/BAŞBÜYÜK, s. 222. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 182-186. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 134. HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 170. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 203. ÖZGENÇ, fiil ve hareket kavramlarını şu şekilde ayırmaktadır: Fiil, mutlaka bir insan davranışı olabilirken hareket insan dışındaki varlıklar tarafından da ortaya konabilir. Örneğin; bir yaprağın düşmesi, suyun akması veya hayvanların hareket etmesi durumlarında olduğu gibi. Yazar ayrıca, hareket türlerini sayarken hareket kavramını kullanmakla birlikte, bunların açıklanmasında fiil kavramını kullanmaktadır. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 185. Teorik olarak hareketin her suçta olması gereken bir unsur olduğu kabul edilmekle birlikte, kimi yazarların hareketsiz suç olabileceği yönündeki görüşleri de aktarılmıştır. Bu düşünceye göre suç, bir icra ya da ihmal hareketinden değil bir durumdan kaynaklanmaktadır. Şüpheli suçları veya durum suçları olarak da adlandırılan bu suçlar, aslında söz konusu durumu oluşturan bir hareketin mutlaka bulunması gerektiği dolayısıyla da icra veya ihmal hareketi olmasa

kapsamındaki tıbbi müdahaleler açısından bir değerlendirme yapılacak, ortaya çıkabilecek suçlar çerçevesinde kanunda yer alan tipik fiil bakımından konu ele alınacaktır.

4.4.1 İcrai Hareket

Ceza kanunları emir ve yasaklar içermektedir ve bu emir ve yasaklar aslında icrai ve ihmali hareketli suçların açıklanmasına dayanak oluşturmaktadır. TCK'nın bazı hareketlerin yapılmasını yasaklaması durumunda bu yasaklara aykırı hareketler icrai suçları oluştururken, yapılmasını emrettiği hareketlerin yapılmaması ise ihmali hareketli suçları ortaya çıkarmaktadır⁷⁷⁷.

İcrai suçların işlenebilmesi için, olumlu bir hareketin bulunması gerekmektedir⁷⁷⁸. Kanunda yer alan suçlar genellikle icrai hareketle işlenebilir niteliktedir. Bunun nedeni olarak, kanun koyucunun icrai suçların zarar veya tehlikeye neden olma olasılığının daha yüksek görmesinden kaynaklandığı ileri sürülmüştür⁷⁷⁹. İcrai hareketle işlenen suçlar, çeşitli türlere ayrılarak ele alınmıştır. Hareketin sayısı ve türüne göre yapılan bu ayrımlarda karşımıza tek hareketli ve birden çok hareketli suçlar, serbest hareketli ve bağlı hareketli suçlar ile seçimlik hareketli suçlar çıkmaktadır⁷⁸⁰.

da söz konusu durumun ortaya çıkmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu görüşler için bkz. ALACAKAPTAN, s. 36-37. Sırf hareket suçları veya diğer bir isimle sonuçsuz suçların da bulunduğu, dolayısıyla bazı suçlardaki tek maddi unsurun hareket olabileceği düşüncesi için bkz. KEYMAN, s. 122. *Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük* de icrai ve ihmali hareketli suçlar arasındaki farklardan bahsederken, icrai suçların sırf hareket suçu olarak ortaya çıkabileceğini ifade etmiştir. *ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK*, s. 237.

⁷⁷⁷ DÖNMEZER/ERMAN, s. 89. KEYMAN, s. 157. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 255. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 324-325. *ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK*, s. 235. HAKERİ, *Genel Hükümler*, s. 144.

⁷⁷⁸ ALACAKAPTAN, s. 43. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 324. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 211.

⁷⁷⁹ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 437-438'den aktaran DEMİRBAŞ, s. 254.

⁷⁸⁰ ALACAKAPTAN, s. 40 vd. *Dönmezer/Erman*, harekete göre suçları ayırırken; hareketin önemi başlığı altında serbest hareketli ve bağlı hareketli suçları; hareketin sayısı başlığı altında tek hareketli, seçimlik

Tek hareketli suçlarda suçun oluşması için, kanuni tanımda yer alan tek bir hareketin gerçekleştirilmesi yeterlidir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, hareketin hukuki anlamda tek olarak kabul edilmesidir. Zira fiilen birden fazla hareket gerçekleştirmiş olsa da hukuk bunu tek hareket sayacaktır⁷⁸¹. Birden çok hareketli suçlar, kanuni tanımda yer alan tüm hareketlerin gerçekleşmesiyle söz konusu olabilecektir. Kanunda yer alan birden çok hareketin yalnızca bir tanesinin gerçekleşmesi durumunda suç oluşmayacaktır, suçtan bahsedebilmek için mutlaka kanunda sayılan tüm hareketlerin gerçekleşmiş olması

hareketli, birden fazla hareketli ve itiyadi suçları; hareketin şekilleri başlığı altında ise icrai ve ihmalî hareketli suçları ele almıştır. DÖNMEZER/ERMAN, s. 84-95. *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır*'a göre; hareketin sayısı bakımından tek hareketli, birden fazla hareketli, seçimlik hareketli ve itiyadi suçlar bulunmaktayken şekline göre icrai veya ihmalî hareketli suçlar ile ihmal suretiyle icra suçları, önemine göre serbest ve bağlı hareketli suçlar mevcuttur. İcrasının süreklilik arz edip etmemesine göre ise ani suç ve mütemadi suç ayrımından bahsedilmiştir. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 321. *Öztürk/Erde*m'e göre; hareketin şekli bakımından suçlar ve hareketin sayısı bakımından suçlar şeklinde bir ayrım yapılmalıdır. Hareketin şeklinde serbest hareketli suç - bağlı hareketli suç ile icra suçu – ihmal suçu ayrımı yapılmıştır. Hareketin sayısı bakımından suçlar ise seçimlik hareketli suçlar ile tek hareketli suç – birden fazla hareketli suç şeklinde bir sınıflandırma yöntemi tercih edilmiştir. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 210-212. *Demirbaş*'a göre, hareketin sayısına göre ayırmda tek hareketli suçlar, birden fazla hareketli suçlar, seçimlik hareketli suçlar ve itiyadi suçlar bulunmaktadır. Bağlı hareketli suçlar ve serbest hareketli suçlar ise “hareketin önemi bakımından” ifadesi kullanılarak ayrıca incelenmiştir. DEMİRBAŞ, s. 249-253. *Özgenç* daha genel bir ayırımla; tek veya çok hareketli suçlar, serbest hareketli suçlar, bağlı hareketli suçlar, seçimlik hareketli suçlar ve kesintisiz suçlar şeklinde bir yöntem tercih etmiştir. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 182-193. *Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük* de benzer şekilde yalnızca genel bir ayrım yaparak suçları; tek hareketli-birden fazla hareketli suçlar, seçimlik hareketli suçlar, icrai veya ihmalî hareketle işlenen suçlar ve bağlı hareketli-serbest hareketli suçlar olarak sınıflandırmıştır. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 235-238. *Centel/Zafer/Yenerer Çakmut*; icrai-ihmalî suç, ihmal benzeri suç, bağlı hareketli-serbest hareketli suç, seçimlik hareketli suç, tek hareketli-birden fazla hareketli suç ayrımını tercih etmiştir. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 255-264. *Hakeri*; hareketin sayısı ve şekilleri bakımından suçlar başlığı altında tek hareketli suçlar, çok hareketli suçlar, serbest hareketli suçlar, bağlı hareketli suçlar ve seçenek hareketli suçlar ayrımını kullanmıştır. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 143. *Hafizoğulları/Özen*, harekete ilişkin ayrımı yalnızca icra hareketi ve ihmal hareketi şeklinde ayırmış olup hareketin sayısına göre bir ayrım yapmamıştır. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 170-172. Ancak yazarlar, “Maddi unsur esas olmak üzere suçların tasnifi” başlığı altında, suçları tasnif ederken serbest hareket, bağlı hareket ve seçimlik hareketlerle suçların işlenebileceğini de belirtmişlerdir. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 187. *Akbulut*, hareketin kanunda düzenleniş şekline göre bir ayrım yaparak; tek hareketli suçlar, çok hareketli suçlar (birden fazla hareketli suçlar), serbest hareketli suçlar, bağlı hareketli suçlar, seçimlik hareketli suçlar, kesintisiz (mütemadi) suçlar şeklinde bir ayrımı tercih etmiş; icra ve ihmalî hareketli suçları ise ayrı bir başlık altında ele almıştır. AKBULUT, s. 333-345.

⁷⁸¹ ALACAKAPTAN, s. 41. DÖNMEZER/ERMAN, s. 85. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 264. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 322. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 211. DEMİRBAŞ, s. 651. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 186. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 235. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 143. AKBULUT, s. 333.

aranır. Dolayısıyla seçimlik hareketli suçlardan bu noktada ayrılmaktadırlar⁷⁸². Ayrıca bu hareketlerin bazılarının icrai bazılarının ise ihmali şekilde gerçekleşmesi mümkün olabilmektedir⁷⁸³.

Serbest hareketli suçlarda, suçun kanuni tanımında herhangi bir özel hareket türünden bahsedilmez. Dolayısıyla suç, herhangi bir hareketin gerçekleştirilmesiyle işlenebiliyorsa ve ortaya kanuni tanımda yer alan sonuç çıkıyorsa, bu durumda serbest hareketli suçun varlığından bahsetmek mümkün olacaktır⁷⁸⁴. Seçimlik hareketli suçlar, suç tipi için kanunda sayılan birden fazla ve birbirinden bağımsız hareketlerden bir tanesinin gerçekleştirilmesiyle işlenebilen suçlardır. Hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi yeterli olup birden fazla hareketin ortaya çıkması durumunda yine tek suçun işlendiği kabul edilmektedir⁷⁸⁵. Bununla birlikte, birden fazla harekette suçun

⁷⁸² ALACAKAPTAN, s. 41. DÖNMEZER/ERMAN, s. 86-87. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 264. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 210. DEMİRBAŞ, s. 651. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAĞSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 235. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 143. AKBULUT, s. 333. Birden fazla hareketli suçların kanuni tanımında hareketlerin kaleme alınması esnasında “ve” bağlacı ile ayrıldıkları ve bu suçların birden fazla hareketli olduğunun buradan anlaşılacağı konusunda bkz. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAĞSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 235. Bu suçların kimi zaman itiyadi suçlar olarak da adlandırıldığına dair bkz. ALACAKAPTAN, s. 41-42. *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır*, birden fazla hareketli suçları da kendi içinde ayrıma tabi tutmuştur. Birleşmiş hareketli suçlar, bölünebilen veya kesintili suçlar, seçimlik hareketli suçlar ile itiyadi suçlar bu ayrım kapsamında bulunmaktadır. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 322-324.

⁷⁸³ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 187. AKBULUT, s. 335.

⁷⁸⁴ ALACAKAPTAN, s. 43. DÖNMEZER/ERMAN, s. 84. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 262. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, 333. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 210. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 187. DEMİRBAŞ, s. 650. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 143. HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 187. AKBULUT, s. 335. Bu suçların hem icrai hem de ihmali şekilde işlenebileceğine dair bkz. ÖZGENÇ, İzzet: “İhmali Suç Teorisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(4), 2021, s. 307.

⁷⁸⁵ ALACAKAPTAN, s. 43. DÖNMEZER/ERMAN, s. 85. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 263. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, 323. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 211. DEMİRBAŞ, s. 652. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 188-189. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAĞSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 235. HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 187. AKBULUT, s. 336. *Hakeri* bu suçları “seçenek hareketli suçlar” şeklinde ifade etmektedir. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 143. Bu gibi hallerde her ne kadar birden fazla hareketin ortaya çıkması durumunda yalnızca tek suçtan ceza verilecekse de suçun cezasının TCK’nın 61. maddesi kapsamında üst sınırdan verilebileceği hakkında ve ayrıca seçimlik hareketli suçların kanuni tanımında hareketlerin kaleme alınması esnasında “veya” bağlacı ya da virgül ile ayrıldıkları ve bu suçların seçimlik hareketli olduğunun buradan anlaşılacağı konusunda bkz. bkz. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAĞSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 235.

konusunun aynı olması gereklidir; yani suçu oluşturan birden fazla hareket, aynı konu üzerinde gerçekleştirilmiş olmalıdır. Buradaki aynı konudan anlaşılması gereken, tür olarak değil nesnel olarak aynılıktır. Ancak bu durumda tek suçun işlendiği kabul edilebilecektir⁷⁸⁶. Bağlı hareketli suçlarda ise, suçun kanuni tanımında hangi hareketlerle işlenebileceği özel olarak sayılmıştır. Bu durumda failin suçu işlemesi için bu hareketi gerçekleştirmesi gereklidir⁷⁸⁷. Suçun kanunda yer alan basit şeklinin genellikle serbest hareketli, nitelikli halinin ise bağlı hareketli suç olduğu ifade edilmiştir⁷⁸⁸.

⁷⁸⁶ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 189. Aynı yönde AKBULUT, s. 336. Seçimlik hareketli suçlarda tartışılan bir konu, failin seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirmesiyle suçu işlemesi yeterli olduğundan, bu hareketlerden hangisinin cezalandırılacağı, hangisinin ise cezalandırılmayacağıdır. Konuyla ilgili farklı düşünceler olmakla birlikte, cezalandırılması gereken hareketin ilk hareket olduğunu kabul etmenin daha doğru olacağı düşünülmüştür, zira ilk hareketin yapılmasıyla ihlal zaten oluşmuştur. Bu ayrım, içtima açısından suç ortaklarının cezalandırılması konusu bakımından önem teşkil etmektedir. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 263. Seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirildikten sonra diğerinin gerçekleştirilmesi kesintiye uğrarsa, bu durumda ilk hareket tamamlandığı için suçun tamamlanmış kabul edileceğine dair bkz. AKBULUT, s. 340. Failin hareketi sayısınca suç olduğu tespit edilirse, içtima kurallarının uygulanmasının gerekli olacağı ifade edilmiştir. DÖNMEZER/ERMAN, s. 86. *Hakeri*'nin aktardığı bir Yargıtay kararına göre, failin mağdurun cinsel organına önce parmağını sonra da cinsel organını sokmak suretiyle cinsel saldırı fiilini işlemesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacaktır. Bu durumda failin nitelikli cinsel saldırı suçunu işlediği kabul edilmekle birlikte tek bir fiilden dolayı cezalandırılacağı yönünde karar verilmiştir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 02.12.2008 / 10675 tarih ve sayılı kararını aktaran HAKERİ, Genel Hükümler, s. 144. Esasında burada, TCK'nın 102. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde "*Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda*" ibaresi dikkate alındığında parmak ve cinsel organın her ikisinin de ayrı ayrı sokulması halinde seçimlik hareketli suçun söz konusu olmasından ziyade, organ sokulmasının birden fazla organla gerçekleştirilmesi durumundan bahsedilebilecektir. Dolayısıyla burada tam anlamıyla bir seçimlik hareket bulunmayıp zincirleme suç hükümlerinden bahsedilmesinin daha doğru olacağını düşünmekteyiz. Zira gerçekleşen hareket, seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi değil, seçimlik hareketlerden birinin seçilerek farklı şekillerde aynı mağdura karşı tek bir suç işleme düşüncesi kapsamında farklı zamanlarda -zaman aralığı konusu burada ayrıca tartışılabilir- gerçekleştirilmesi söz konusudur. Her ne kadar *Hakeri*, burada zincirleme suç hükümlerinin de uygulanamayacağını ifade etse de kanımızca burada tartışılabilir olan husus seçimlik hareketli suç değil, zincirleme suç konusu olmalıdır.

⁷⁸⁷ ALACAKAPTAN, s. 42. DÖNMEZER/ERMAN, s. 84. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 262. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, 333. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 210. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 188. DEMİRBAŞ, s. 650. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 143. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 187. Ayrıca bağlı hareketli suçlarda mutlaka, hareketin iradi olması gerektiği ifade edilmiştir. KEYMAN, s. 142. Bunun yanında, bağlı hareketli suçlarda yalnızca hareketin ne olduğu değil nasıl gerçekleştirileceği ve hangi özelliklere sahip olması gerektiğinin de belirtildiği ifade edilmiştir. AKBULUT, s. 335.

⁷⁸⁸ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 262. Bağlı hareketli suçun hem suçun temel şeklinde hem de nitelikli şeklinde bulunabileceğine dair görüş için bkz. AKBULUT, s. 335.

4.4.2 İhmali Hareket

İhmali suçlar; kişilerin ceza kanununda düzenlenmiş olan belirli davranışları gerçekleştirmemesi durumunda ortaya çıkan suçlardır⁷⁸⁹. İhmal kavramı ise hukuken, bir kişinin becerisi açısından bireysel olarak veya elinde bulunan araçlar çerçevesinde somut olarak yapabileceği belirli bir hareketi gerçekleştirmemesi olarak tanımlanmaktadır⁷⁹⁰. İhmali hareketle suç işleyen bir kişi, yalnızca hareketsiz kalmamakta aynı zamanda kendisinden beklenen bir hareketi gerçekleştirmemektedir⁷⁹¹. Saf ihmali suçlarda, ihmalin belirlenmesi için dikkat edilmesi gereken bazı kriterler bulunmaktadır. Çünkü, icrai hareketin belirlenmesinde somut harekete bakılarak bir tespit yapılabilirken; ihmali hareketindeyse ise dış dünyaya yansıyan ve doğrudan sonuca yönelik aktif hareket bulunmamaktadır. Dolayısıyla eğer ki kanunen yapılması gereken ve belirli özelliklere sahip bir hareket varsa ve bu hareket bir kişi tarafından gerçekleştirilmemişse ihmali bir hareketten bahsetmek mümkün olabilecektir⁷⁹². Ayrıca saf ihmali suçlardan ceza

⁷⁸⁹ ALACAKAPTAN, s. 43. KEYMAN, s. 157. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 255. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, 325. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 211. DEMİRBAŞ, s. 254. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 236. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 172. *Hakeri ihmali hareketli suçları, “Kanunda yer alan hareket yükümlülüğüne rağmen kanunun öngördüğü hareketi yapmamak suretiyle işlenen suçlar” veya “Hukuksal olarak bir neticeyi önlemekle yükümlü kılınan bir kimsenin, neticeyi önlemesi mümkün olduğu ve neticeyi önlemesi ondan beklenebilir olduğu halde, neticeyi önlememesi suretiyle işlenen suçlar”* şeklinde iki açıdan tanımlamıştır. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 146.

⁷⁹⁰ HAKERİ, Genel Hükümler, s. 145.

⁷⁹¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, 325. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 172.

⁷⁹² KEYMAN, s. 137-138. *Hakeri*’nin aktardığı birkaç örnekte, ihmali hareketin icrai hareketten ayrılmasında failin niteliğinin önemli olabileceği ifade edilmiştir. Örneklere göre; hekimin suni teneffüs yapmayı veya bir aleti kullanmayı bırakması, hekimin hastanın bağlı olduğu bir aleti kapatması gibi durumlarda hekimin ihmali davranışı söz konusu olacaktır çünkü ortada hastayı kurtarabilecek hareketlerin ihmal suretiyle engellenmesi durumu bulunmaktadır. Herhangi bir üçüncü kişinin hastanın bağlı olduğu aleti kapatması durumunda ise icrai hareketten bahsedilmesi gerektiği zira üçüncü kişinin hareketinin hekimin yaptığı gibi tedaviyi kesmeye yönelik olmadığı ifade edilmiştir. WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner: Strafrecht, 40. B. AT, Heidelberg, 2010, kn. 703’ten aktaran HAKERİ, Genel Hükümler, s. 147-148. *Akbulut*’un benimsediği hareketin ağırlık noktası görüşüne göre, hareketin ağırlığı icrai veya ihmali hareketin hangisine ağır basıyorsa, o şekilde bir hareketin bulunduğu kabul edilmelidir. Örneğin; yeni doğmuş bebeğini ıssız bir ormana bırakıp giden annenin hareketinin ihmali değil icrai olduğunu kabul etmektedir. AKBULUT, s. 353.

sorumluluğunun doğması için ortaya bir zarar çıkması gerekmediği, salt ihmal hareketiyle suçun işlenebileceği ifade edilmiştir⁷⁹³. İhmalin söz konusu olabilmesi için failin kanunlarda emredilen hareketi ya hiç yapmaması ya da geç yapması gerekmektedir. Ancak bu durumlarda ihmal hareketli suçlardan bahsetmek mümkün olabilecektir⁷⁹⁴.

4.4.3 İhmal Suretiyle İcra Suçları

İhmali suçların başka bir türü ise ihmal suretiyle icra suçlarıdır. Burada kişi, ceza hukukunda icrai hareketle işlenebilecek bir suçu ihmal davranış sergileyerek işlemektedir⁷⁹⁵. Bu tür suçlarda her ne kadar fail hareketsiz kalsa da aslında suçun kanuni tanımında yer alan neticenin gerçekleşmesini istediği için harekete geçmemektedir. Dolayısıyla failin hareketsiz kalmasına rağmen cezalandırılmasındaki neden, failin müdahale yükümlülüğü olmasına rağmen hareketsiz kalmasıdır⁷⁹⁶. İhmal suretiyle işlenen icra suçlarında, son icra hareketinin iradi olması gerektiği ifade edilmiştir. Örneğin; bir hekimin hastasının karnında gazlı bez unutması durumunda, hekimin

⁷⁹³ ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 237. AKBULUT, s. 350. Bu çerçevede, ihmal hareketli suçların sırf hareket suçu olarak nitelendirilmesi için bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, 326.

⁷⁹⁴ DÖNMEZER/ERMAN, s. 90. DEMİRBAŞ, s. 254. İhmali suçun oluşması için ihmal hareketi gerçekleştirmenin yeterli olduğu, ortaya herhangi bir netice çıkmasının beklenmesine ihtiyaç olmadığı, dolayısıyla bu suçların neticesi harekete bitişik suç olarak kabul edileceği savunulmuş ancak ihmal suretiyle icra suçlarında mutlaka neticenin de ortaya çıkması gerektiği ifade edilmiştir. DÖNMEZER/ERMAN, s. 90.

⁷⁹⁵ ALACAKAPTAN, s. 44. DÖNMEZER/ERMAN, s. 89. KEYMAN, s. 157. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, 327. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 170. “İhmal suretiyle icra suçları” kavramının kullanılması ve konuya ait detaylı bilgiler için bkz. DÖNMEZER, Sulhi: “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 9(3-4), 1944, s. 473-494. Centel/Zafer/Yenerer Çakmut, bu suçları “ihmal benzeri suç” olarak ifade etmiştir. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 257. Bu suçlar, “gerçek olmayan ihmal suçları” olarak da adlandırılmaktadır. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 236. Demirbaş bu suçları “nitelikli ihmal suçları” olarak adlandırmış, ayrıca bu suçlar için “garantörsel ihmal suçları” kavramının kullanıldığını da ifade etmiştir. DEMİRBAŞ, s. 254, 256. Hakeri de “garantörsel ihmal suçları” kavramını tercih etmekte, “görünüşte ihmal suçları” olarak da adlandırıldığını ifade etmektedir. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 149. Akbulut “gerçek olmayan ihmal suçları” ile “görünüşte ihmal suçları” kavramının her ikisini de kullanmıştır. AKBULUT, s. 356-357.

⁷⁹⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, 327. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 151.

müdahale esnasında birbirini izleyen hareketlerden sonuncusu iradi olarak kabul edilmiştir ve dolayısıyla ihmal suretiyle icra suçları kapsamında değerlendirilmiştir⁷⁹⁷. Her ne kadar TCK'nın 83. maddesinde yer alan "Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi", TCK'nın 88. maddesinde yer alan "Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi" ve TCK'nın 94. maddesinde yer alan işkence suçunun ihmali davranışla işlenmesi durumunda cezada indirimle gidilmeyeceğine ilişkin düzenlemeler haricinde kanunda özel olarak ihmali hareketli suç düzenlemesi bulunmasa da icrai hareketle işlenen suçların ihmali hareketle de işlenebilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir⁷⁹⁸.

⁷⁹⁷ KEYMAN, s. 142.

⁷⁹⁸ ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 236. Bununla birlikte, kanunilik ilkesi gereğince ihmali hareketli suçların da kanunda düzenlenmiş olması gerektiği, Alman Ceza Kanunu'nda bu konunun genel hükümlerde yer aldığı, bu nedenle Türk hukukunda da benzer şekilde genel hükümler arasında bir düzenlemenin yapılması gerektiği, çünkü ihmal suretiyle icra suçunun yalnızca kasten öldürme suçunda değil, diğer suçlar açısından da söz konusu olabilme ihtimalinin bulunduğu ifade edilmiştir. DÖNMEZER/ERMAN, s. 91. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 236-237. Alman Ceza Kanunu'ndaki genel nitelikteki düzenleme şu şekildedir: "*Ceza yasasındaki suç tanımında yer alan bir neticeyi önlemekte ihmal gösteren kimse, bu yasaya göre ancak, sonucun meydana gelmemesi ile hukuken yükümlü bulunduğu ve ihmal yasadaki tanımın icrai hareketle gerçekleştirilmesi ile eşdeğerde olduğu taktirde, cezalandırılabilir.*" CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 259. İhmal suçlarının kanunlarda özel olarak sayıldığı ancak görünüşte ihmali suçların ise çok sayıda suç tipi açısından gerçekleşme ihtimalinin bulunmasından dolayı bu suçları tek tek saymanın mümkün olmayacağı yönünde bkz. DEMİRBAŞ, s. 254. *Hakeri*, kitabının önceki baskılarında tüm suçların icra suretiyle ihmal suçu şeklinde işlenebileceğini savunduğu, fakat mevzuatta yapılan bazı değişiklikler nedeniyle yalnızca kanunda sayılan durumlarda ihmal suretiyle icra suçlarının söz konusu olabileceği yönünde görüş değiştirdiğini ifade etmiştir. Gerekçe olarak ise, Orman Kanunu'ndan yapılan bir değişiklikle yeni bir ihmal suretiyle icra suçu düzenlendiğini, bu çerçevede "*...kanun koyucu genel bir hüküm yerine bu şekilde özel hükümler sevk etmek suretiyle garantörsel ihmali suçların ancak kanunda açıkça düzenlenmesi halinde söz konusu olabileceği yönünde iradesini göstermiştir*" şeklindeki yorumunu öne sürmüştür. Ayrıca kanun koyucunun ihmal suretiyle icra suçlarında ceza indirimleri öngördüğünü, her icrai suçun bu şekilde işlenebileceğinin kabul edilmesi halinde cezalar açısından özel indirimler uygulanamayacağı için cezada bir adaletsizlik olabileceğini de savunmuştur. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 151-152. Suç tipi uygun düştüğü sürece tüm icrai suçların ihmali şekilde de işlenebileceğine dair bkz. AKBULUT, s. 350. Akbulut ayrıca ihmal suretiyle icra suçlarının hem kasten hem de taksirle işlenebileceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla tüm icrai suçların ihmali şekilde işlenebileceğine dair düşüncesini bu görüşüyle de pekiştirmiştir. AKBULUT, s. 361, 392. *Özgenç* verdiği bir örnekte, TCK'nın 84. maddesinde yer alan "*İntihara yönlendirme suçu*"nun da ihmali davranışla işlenebileceğini, zira maddede yer alan "*başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi*"nin de madde çerçevesinde cezalandırılacağı ve bu yardımın ihmali davranışla gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu, örneğin koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişinin intiharı konusunda ihmali davranış gerçekleştiren kişinin bu madde çerçevesinde sorumlu tutulabileceğini savunmuştur. ÖZGENÇ, İhmali Suç, s. 324-325.

Ayrıca ihmal suretiyle icra suçlarında önemli bir nokta, fail açısından dikkate alınmalıdır. Zira icrai nitelikte bir suçun ihmali nitelikte işlenebilmesi için, failin belirli bir neticenin gerçekleşmesi hususunda bu neticeyi önleme yükümlülüğü altında olması ve bu yükümlülüğün hayatın olağan akışında failden beklenebilir olması gerekmektedir. Hatta kişi neticeye kendisi neden olmamış olsa da engelleme yükümlülüğü altında bulunabilir ancak söz konusu neticenin failin egemenlik alanında ortaya çıkması yani failin neticeyi önleyebilecek durumda olması gerekmektedir⁷⁹⁹.

İhmal suretiyle icra suçlarında neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunması şartı, çalışma konusu açısından da önem arz etmektedir. Zira özellikle sağlık çalışanları tarafından işlenebilecek suçlar açısından tıbbi konularda neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunduğu açıktır⁸⁰⁰. Ayrıca aile bireyleri açısından da bu yükümlülükten bahsedilebilecektir. Dolayısıyla neticeyi önleme yükümlülüğünden anlaşılması gerekenin ne olduğunu da açıklamak gerekmektedir. Garantörlük⁸⁰¹ olarak da adlandırılan bu durumda, ceza sorumluluğunun doğması için, yükümlülüğün hukuktan veya sözleşmeden kaynaklanması gerekmektedir. Ayrıca bunların dışında mağdurun,

⁷⁹⁹ JESCHEK, Hans-Heinrich/WEIGEND, T.: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Berlin 1996, s. 621 vd. ile BAUMANN, Jürgen: Strafrecht Allgemeiner Teil, Bielefeld 1977, s. 256 vd.'den aktaran CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 258. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 236. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 150-151. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 186. Her ne kadar failin bir yükümlülük altında olması gerektiğini ifade etse de TCK'da böyle bir düzenlemenin bulunmadığını belirten görüş için bkz. AKBULUT, s. 349. Ayrıca beklenebilirlik konusunda, üstün kişisel değerler söz konusu olduğunda kişilerden bazı fedakarlıklar yapmalarının beklenebileceği, dolayısıyla bu kişilerin ihmal suretiyle icra suçuyla sorumlu tutulamayacağı yönünde bkz. AKBULUT, s. 390.

⁸⁰⁰ DÖNMEZER/ERMAN, s. 92-93. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 259-260. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, 329.

⁸⁰¹ HAKERİ, Genel Hükümler, s. 152. AKBULUT, s. 359. Hakeri garantörlüğü şu şekilde tanımlamıştır: “Garantörlük, normalde olsa yardımın ihmali suçundan (TCK 98) dolayı cezalandırılacak olan bir kimsenin, hemen hemen bir icrai fail gibi cezalandırılmasını sağlayan kavramın adıdır. Hareketsiz kalan bir kimseyi bir neticeden dolayı hukuka sorumlu tutmaya müsaade eden yakın ilişkiye garantörlük adı verilmektedir.” HAKERİ, Genel Hükümler, s. 152. ÖZGENÇ bu kavram için “teminat yükümlülüğü” kavramını kullanmıştır. ÖZGENÇ, İhmali Suç, s. 308, 310.

güven ilişkisi çerçevesinde potansiyel bir riski göze almış veya çeşitli korumalardan vazgeçmiş olması durumunda da neticeyi önleme yükümlülüğünün doğacağı kabul edilmiştir. Bunun yanında, doğal bağlılık ilişkisi, yakın toplumsal ilişki ve daha önceden yapılan hareketler gibi durumların da yükümlülüğe yol açacağı ifade edilmiştir⁸⁰².

Özellikle aile bireyleri açısından söz konusu olacak durum, doğal bağlılık ilişkisidir. Neticeye engel olma yükümlülüğü açısından en önemli kaynak olarak nitelendirilen bu ilişkide aile bireylerinin birbirlerinin yaşam ve vücut bütünlüğünü korumaları hususunda bir yükümlülük içerisinde oldukları kabul edilmiştir⁸⁰³ ve özellikle anne ve babanın bu yükümlülük altında bulunduğu Alman Yargıtayı'nın çeşitli kararlarına yansıdığı ifade edilmiştir⁸⁰⁴. Bunun yanında anne ve babanın kanundan kaynaklanan yükümlülükleri de elbette ki bulunmaktadır. Özellikle TMK'dan kaynaklanan bu yükümlülükler çok çeşitlidir⁸⁰⁵. Örneğin; anne ve babanın, TMK'nın velayete ilişkin hükümleri çerçevesinde düzenlenen bakım ve gözetim yükümlülüğünü kasten ihmal etmeleri halinde çocuğun vücut bütünlüğünün bir zarara uğraması durumunda anne ve babanın TCK'nın 88. maddesi çerçevesinde kasten yaralama fiilinden

⁸⁰² DÖNMEZER/ERMAN, s. 92-93. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 259-260. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, 327-330. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 153. Faile yüklenen hukuki yükümlülüğün ceza hukukundan, özel hukuktan, idari bir emirden veya bir yargı kararından doğabileceği görüşü için bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 186. Bu suçların tehlikeyi önleme yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenebilir nitelikte olması nedeniyle özgü suç olarak nitelendirilebileceklerine ilişkin görüş için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 93. Aynı yönde bkz. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 153. AKBULUT, s. 360.

⁸⁰³ DÖNMEZER/ERMAN, s. 93-94. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 260.

⁸⁰⁴ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 260. TCK'da neticeyi önleme yükümlülüğüne dair herhangi bir düzenleme bulunmadığı için yükümlülüğün şartları, zamanı, kimlerin yükümlülük altında olduğu gibi konuların öğretide tartışıldığı ve bu şekilde çözüm arandığı ifade edilmiştir. AKBULUT, s. 361. Çalışma konusu dışına çıkmamak adına burada bu tartışmalara yer verilmeyecektir. Zira konu çerçevesinde ceza sorumluluğu ele alınacak olan kişiler sağlık çalışanları ve aile olup bu kişilerin neticeyi önleme yükümlülüğü bulunduğu, daha önce de bahsedildiği gibi, genel olarak kabul edilmektedir.

⁸⁰⁵ HAKERİ, Genel Hükümler, s. 154. AKBULUT, s. 365. ÖZGENÇ, İhmali Suç, s. 311.

fail olarak sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir⁸⁰⁶. Ayrıca anne ve babanın başka bir yükümlülüğü daha bulunmaktadır ki, velayeti altında bulunan çocuğa karşı bir suç işlendiğini bilen anne ve baba, koruma ve gözetim yükümlülüğü çerçevesinde hareketsiz kalarak suçun işlenmesini önlemiyorlarsa, bu durumda anne ve babanın yine ceza sorumluluğundan bahsedilmesi gerekecektir. Bu durumda anne ve babanın bir başkası tarafından işlenen suça ihmali davranışla iştirak ettiğinin kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur⁸⁰⁷.

Sağlık çalışanları ve özel olarak hekim açınsındansa hem kanun hem de sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlölük altında bulundukları söylenebilecektir. Ortaya çıkabilecek zararlı sonuçları önlemenin hekimin görevi olduğu ve hekimin bu kapsamda hukuken bir yükümlölük altında bulunduğu ifade edilmiştir⁸⁰⁸.

4.4.4 Tıbbi Müdahaleler Açısından Değerlendirme

4.4.4.1 Yaralama

Yaralama fiili, birçok tıbbi müdahale türü açısından söz konusu olabilecek niteliktedir. Çalışma konusu kapsamında değerlendirildiğinde; sünnet, kızlık zarı dikimi (hymenoplasti), bekaret kontrolü (hymen muayenesi) ve cinsiyet gelişim farklılıklarına yönelik müdahalelerin yaralama fiilini oluşturacağı kabul edilebilecektir.

TCK'nın 86. maddesinde yer alan, *“Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla*

⁸⁰⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, 329. ÖZGENÇ, İhmali Suç, s. 311-312.

⁸⁰⁷ Özgenç bu ihtimali cinsel saldırı suçu açısından ele almış, cinsel saldırı suçunun TCK'da ihmali suretle işlenmesine dair herhangi bir hüküm bulunmadığı için anne ve babanın burada fail sıfatıyla değil, iştirak eden sıfatıyla, bir başkası tarafından işlenen icrai bir fiile ihmali bir hareketle iştirak etme çerçevesinde yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiğini savunmuştur. ÖZGENÇ, İhmali Suç, s. 312.

⁸⁰⁸ SOYASLAN, Hekimin Ceza Sorumluluğu, s. 127-128.

kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” ifadesine dayanarak kasten yaralama suçunun burada söz konusu olacağı söylenebilecektir. Serbest hareketli bir suç olan kasten yaralama suçu; mağdurun vücuduna acı verecek, sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olacak her türlü hareketle işlenebilecektir. Bunun yanında hem icrai hem de ihmali şekilde işlenmesi mümkün olup bu durum TCK’nın 88. maddesinde de durum ayrıca düzenlenmiştir⁸⁰⁹.

Maddede bahsedilen acı verme, sağlığın ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma fiillerinden ne anlaşılması gerektiği ilgili tıbbi müdahalelerin bu kapsamda olup olmadığının değerlendirilmesi açısından önemlidir. Acı verme fiilinin; fiziksel bir acının ortaya çıkmasını ifade etmekte olduğu, vücut bütünlüğüne yönelik olmak şartıyla her türlü acının bu kapsamda kabul edilebileceği öne sürülmüştür. Bununla birlikte, acının sağlığın ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olması da mümkündür⁸¹⁰. Sağlığın bozulmasında ise esas alınan kriter, beden ve ruhen tam bir iyilik hali içinde değildir. Dolayısıyla bunun bozulmasına neden olan her türlü fiil, sağlığın bozulması çerçevesinde kabul edilebilecektir. Mutlaka bir hastalığın bulunması gerekmez, hastalığa neden olmayan fiiller de sağlığı bozucu nitelikte olabilir⁸¹¹. Algılama yeteneğinin bozulmasında ise kişinin ruhsal sağlığıyla yani algılama, düşünme veya hareketlerini iradi gerçekleştirilmesiyle ilgili bir bozukluğun ortaya çıkmasının kastedildiği ifade edilmekle

⁸⁰⁹ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 139. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 202. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 207.

⁸¹⁰ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 140. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 203. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 208-209. Acı verme için bedene doğrudan temas gerekmediği yönünde bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 203. Farklı yönde bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 208. Manevi yönde acı veren hareketlerin vücuda acı verdiği kabul edilmemiş ancak mağdurun ruh sağlığına etki etmesi ve bozulmasına neden olabileceği gerekçesiyle kasten yaralama suçunu oluşturabileceğine dair bkz. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 140 – 141.

⁸¹¹ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 141. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 204. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 209.

birlikte⁸¹², aslında sağlının bozulması beden ve ruhen tam bir iyilik halini ifade ettiğinden, kanaatimizce algılama yeteneğini de kapsamaktadır⁸¹³. Son olarak, madde metninde yer alan neticelerin birine neden olacak fiilin gerçekleştirilmesi, suçun oluşması için yeterlidir⁸¹⁴.

Kasten yaralama suçuna hareket açısından bakıldığında hem erkek hem de kadın sünneti, kızlık zarı dikimi (hymenoplasti) ve bekaret kontrolü (hymen muayenesi) uygulamalarının kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilmesi mümkün görünmektedir. Zira bu tür uygulamalar her ne kadar gerekli tıbbi önlemler alınarak yapılsa da çocukların vücutlarına kasten acı vermektedir ve maddede yer alan tipik hareketi karşılamaktadır. Bunun yanında, özellikle kızlık zarı dikimi ve bekaret kontrolü uygulamalarında kız çocuklarının müdahaleden dolayı sağlıklarının bozulma ihtimalleri her zaman için bulunmaktadır. Elbette ki burada sağlının bozulmasından kastımız, sağlının fiziken ve ruhen tam bir iyi olma hali olarak kabul edilmesini içermektedir. Zira kız çocukları açısından bu tür müdahalelerin travmatik sonuçlar doğurabilme ihtimalleri her zaman için bulunmaktadır. Cinsiyet gelişim farklılıklarına yönelik müdahalelerde ise, ilgili başlıkta da bahsettiğimiz üzere, eğer çocuğun gelişimi açısından bir sakınca bulunmuyorsa, interseksizm durumlarına müdahale edilmemesi ve çocuğun reşit olduktan sonra bu konudaki kararı kendisinin vermesi gerektiğini savunmaktayız. Dolayısıyla bu çerçevede, hiçbir tıbbi zorunluluk bulunmadan cinsiyet tayini sonucunu

⁸¹² ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 210. Algılama yeteneğinin bozulmasıyla akıl hastalığının aynı durumlar olmadığı konusunda bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 210.

⁸¹³ Algılama yeteneği konusunda aynı yönde bkz. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 142. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 210.

⁸¹⁴ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 140.

doğuracak müdahalelerin de kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ayrıca maddenin 3. fıkrası gereğince, suçun “*Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı*” işlenmesi durumunda cezanın yarı oranında artacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla söz konusu tıbbi müdahalelerin uygulanması durumunda herhangi bir hukuka uygunluk durumundan söz edilemiyorsa, cezanın artması sonucu da ortaya çıkacaktır. Bu fıkra, müdahalelerin çocuklar üzerinde gerçekleştirilmesi bakımından önemlidir. Özellikle henüz ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklar üzerinde gerçekleştirilen sünnetin nitelikli hal kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

4.4.4.2 Genital Muayene

TCK’nın 287. maddesinde yer alan “Genital Muayene” suçunda madde seçimlik ve aynı zamanda bağlı hareketli bir suç şeklinde düzenlendiği; bunların da genital muayeneye gönderme ve genital muayeneyi yapma eylemleri olduğu ifade edilmiştir⁸¹⁵. Genital muayeneye gönderme hareketi, hâkim ve savcı kararı olmaksızın kişilerin bu muayeneye gönderilmesidir. Bir görüşe göre gönderme fiili, her ne kadar kanunda açıkça yazılmamış olsa da götürmeyi de kapsamaktadır ve götürme fiilinin göndermeyi de içerdiği ifade edilmiştir⁸¹⁶. Ayrıca buradaki gönderme fiilinin hukuka aykırı olması gerektiği, örneğin cinsel saldırı suçunun mağdurunun kolluk kuvvetlerince genital

⁸¹⁵ ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, s. 531. YENERER ÇAKMUT, Genital Muayene, s. 52. AYDIN/KARAASLAN, s. 12. Maddede iki farklı suçun oluştuğu düşüncesi için bkz. HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 364. DÜLGER, s. 49. EROĞLU, s. 1134. TOPÇU, s. 124. Suçun seçimlik hareketli olduğu düşüncesi için bkz. NUHOĞLU, Genital Muayene, s. 2995.

⁸¹⁶ DÜLGER, s. 53. NUHOĞLU, Genital Muayene, s. 2995. HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 365. AYDIN/KARAASLAN, s. 18. *Eroğlu* bu düşüncesini “götürmek” eyleminin sözlük tanımıyla yola çıkarak bir temele oturtmaktadır ve genişletici bir yoruma neden olmayacağını ifade etmektedir. EROĞLU, s. 1136.

muayene için yol göstermesi veya sağlık kuruluşlarına hitaben bir yazıyla mağduru genital muayene göndermesinin bu suçu oluşturmayacağı öne sürülmüştür⁸¹⁷. Aksi yöndeki görüşe göre ise, kanun koyucu yalnızca göndermeyi suç teşkil eden bir eylem olarak ifade etmiştir, dolayısıyla götürmek eylemi tipik bir fiil olmayacaktır ve kıyasa yol açabilecektir⁸¹⁸. Kanaatimizce de her ne kadar götürmek eyleminin bu suçun işlenmesi için gerçekleşmesi mümkün olan bir eylem niteliğine sahip olduğu kabul edilecek olsa da kanunilik ilkesi gereğince yalnızca gönderme ve muayene etme eylemlerinin cezalandırılması gerekmektedir⁸¹⁹.

Genital muayene yapma eylemi ise tıbbi yöntemlerle genital bölgenin ve organların kontrol edilmesidir. Bu suçun oluşması için gerekli eylemin yetkili sağlık personeli tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilse de⁸²⁰ kanaatimizce suç herkes tarafından işlenebilir. Zira kanunda fail açısından özel bir durum belirtilmemiştir⁸²¹. Bu çerçevede, genital bölgenin ve organların tıbbi yöntemlerle incelenmesine elverişli olan hareketlerle bu suçun işlenmesi mümkün olacaktır.

⁸¹⁷ NUHOĞLU, Genital Muayene, s. 2995.

⁸¹⁸ Bu görüş, götürme eyleminin de maddede açıkça düzenlenmesi gerektiğini savunmakla birlikte, götürmenin göndermeyi de kapsayacağı yönündeki kabulün maddenin geniş yorumlanması ve kıyasa yol açabileceğini ifade etmektedir. ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, s. 531. Durumun kanunilik ilkesine aykırılığa neden olacağı yönündeki görüş için bkz. YENERER ÇAKMUT, Genital Muayene, s. 54. Ancak götürme eyleminde bulunan kişilerin iştirak kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmektedir. YENERER ÇAKMUT, Genital Muayene, s. 54.

⁸¹⁹ Götürmek eyleminin hürriyetten yoksun bırakma suçuna vücut verebileceğine dair görüş için bkz. YENERER ÇAKMUT, Genital Muayene, s. 54.

⁸²⁰ HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 361. NUHOĞLU, Genital Muayene, s. 2995.

⁸²¹ Aynı yönde ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, s. 527. YENERER ÇAKMUT, Genital Muayene, s. 52. EROĞLU, s. 1131-1132. TOPÇU, s. 126. AYDIN/KARAASLAN, s. 16.

4.4.4.3 Gebeliğin Sonlandırılması

TCK'nın 99. maddesinde düzenlenen ve çocuğa karşı işlenebilecek suç tiplerinden biri de çocuk düşürtme suçudur⁸²². Maddenin birinci fıkrasına göre; rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi cezalandırılmakta, ikinci fıkraya göre ise, tıbbi bir zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi cezalandırılmakla birlikte çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın da cezalandırılmaktadır⁸²³. Maddenin altıncı fıkrasında da suç sonucu oluşan gebeliklere ilişkin olarak bir düzenleme yapılmış ve yirmi haftadan fazla olmamak kaydıyla bu şekilde oluşan gebeliklerin sona erdirilmesinin cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır⁸²⁴.

⁸²² “Çocuk düşürtme

Madde 99- (1) Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(3) Birinci fıkra yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İkinci fıkra yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur.

(6) Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.”

⁸²³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 299.

⁸²⁴ Bu durumda gebeliğin sonlandırılabilmesinin gerekçesi, kadının rızası dışında gerçekleşen bir cinsel saldırı fiili neticesinde gebe kalmasının kadına ağır bir psikolojik yük yükleyeceği, kadının söz konusu fiilden kaynaklanan gebelikten oluşan çocuğu taşımak istemeyebileceği ve hatta gebe kadının intiharına dahi neden olabileceğidir. Burada önemli olan husus, gebeliğin suç sonucu oluşup oluşmadığının adli makamlardan öğrenilmesi ve gebeliğin sonlandırılması işleminin bu bilgiye göre yapılmasıdır. Bu durum kimi yazarlarca suç endikasyonu olarak da adlandırılmıştır GÜLŞEN, Recep: “Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi”, in: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No. 142, Ankara 2008, s. 1217. HAKERİ, s. 500. Bu konuyla ilgili detaylı bilgi için GÜLŞEN, 1217 vd.

Gebeliğin sonlandırılması hallerinden biri olan TCK'nın 99. maddesinde yer alan "Çocuk düşürtme" suçunun icrai veya ihmali hareketle gerçekleşebileceğine dair farklı görüşler bulunmaktadır⁸²⁵. Rahimdeki ceninin canlılığının sona ermesi neticesini ortaya çıkarabilecek türdeki tüm hareketlerin bu suça vücut vermesi mümkün olup serbest hareketli suç niteliğinde olduğu söylenebilecektir. Hatta hareketin tehdit, korkutma, kızma, bağırma gibi manevi sonuçları olan şekillerde gerçekleşmesi durumlarının dahi bu suç açısından tipik hareketin gerçekleşmesine olanak verebileceği ifade edilmiştir⁸²⁶.

4.4.4.4 Kötü Muamele

Kötü muamele suçunda fiil, kötü muamelenin gerçekleştirilmesidir. Bunun ne olduğu ise TCK'nın gerekçesinde ifade edilmiştir. Bu kapsamda, her türlü kötü muamelenin bu suçun gerçekleşmesi için yeterli olmayacağı; merhamet, acıma ve şefkat gibi duyguların bulunmadığı bir davranışın gerçekleştirilmiş olmasının gerektiği ifade edilmiştir⁸²⁷. Bununla birlikte, kötü muamelenin yalnızca fiziki şekilde gerçekleşmesinin gerekli olmadığı ifade edilmiş; örneğin korkutma, tehdit, hakaret, aşırı kontrol altına alma, sosyal hayattan izole etme şeklinde de ortaya çıkabileceği kabul edilmiştir⁸²⁸. Bu kapsamda suçun icrai ya da ihmali hareketle işlenmesinin mümkün olduğu

⁸²⁵ Yalnızca icrai hareketle işlenebileceğine dair görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 301. İhmali hareketle de işlenebileceğine dair bkz. OKTAR, s. 181.

⁸²⁶ OKTAR, s. 179-180. Manevi şekilde gerçekleştirilen hareketlerle bir kadının çocuğunun düşmesine neden olunması durumunun tipik hareket kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği, aksi halde bunun hukuk güvenliğine aykırı sonuçlar doğurabileceği yönündeki görüşleri aktaran OKTAR, s. 179.

⁸²⁷ NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 107. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1009. ZAFER, s. 131. AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 254.

⁸²⁸ NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 105. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario/BENÍTEZ JIMÉNEZ, José: Estudio Jurídico Y Criminológico Del Delito De Malos Tratos En Castilla-La Mancha, Centro de Investigación en Criminología, No: 6, 1999, s. 10'dan aktaran TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1009. AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 253-254. Kötü muamelenin aslında şiddet uygulanması anlamına geldiği; bu çerçevede fiziksel, duygusak, sözlü, ekonomik ve cinsel şiddet şeklinde ortaya çıkabileceğine dair detaylı açıklamalar için bkz. NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 108-109.

belirtilmiştir⁸²⁹ zira bu tür fiillerin hem icrai hem de ihmali olarak gerçekleştirilebilmesi imkân dahilindedir. Ayrıca tipik fiilin gerçekleştirilmesinde süreklilik şartı bulunmadığından, suçun itiyadi nitelikte olmadığı ve tek seferlik fiillerin de bu suça vücut verebileceği ifade edilmiştir⁸³⁰. Bunların dışında suç, serbest hareketli bir suçtur⁸³¹.

Çocuklar üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden biri olmamakla birlikte, çocuğun gereksiz yere tıbbi tedavi almasına neden olunan durumlardan biri “Munchausen by Proxy” Sendromu’dur. Zira bu tür hallerde, çocuğun yapay bir şekilde hastalanmasına neden olunarak tedavi alması sonucu doğmaktadır. Ceza hukuku açısından konu ele alındığında, çocuğun üstün yararının korunması kapsamında çocuğun vücut bütünlüğünün bozulması ve yaşam hakkının ihlal edilmesi söz konusu olabileceğinden ve buna neden olan kişi veya kişilerin ebeveyn olması da dikkate alındığında, ceza sorumluluğunun gündeme gelip gelmeyeceği tartışılmalıdır. Sağlık çalışanları açısından sorumluluğun belirlenmesi daha nettir zira bu gibi vakalarda çocuğun sağlığının bozulmasına neden olan fiil, ebeveyn vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Ebeveyn çocuğun sağlığının bozulmasına doğrudan neden olabilmekte veya sağlık çalışanlarını yanıltıcı beyanlarda bulunmaktadır. Burada ele alınabilecek suç tiplerinden biri, kötü muamele olabilecektir zira çocuğun hastalanmasına neden olacak hareketlerin kötü muamele kapsamında kabul edilecek nitelikte olması mümkündür. Örneğin bir ebeveynin çocuğunu yeterli mineral ve vitaminleri almasına engel olarak şekilde kötü beslemesi ve bunu sırf hastanede tedavi alabilmek için gerçekleştirmesi durumunda veya ebeveynin

⁸²⁹ NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 107. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1009. AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 254.

⁸³⁰ NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 107. AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 254. Bu görüşü savunmakla birlikte, Yargıtay’ın bu konudaki kararlarının farklı yönde olduğuna ve ilgili kararlara dair bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1009-1010.

⁸³¹ AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 253.

çocuklarını sosyal hayattan izole ederek evin bir odasına kapatması sonucu çocuğun sürekli hastalanarak mütemadiyen hastaneye gitmek zorunda kalması halinde kötü muamele suçunun oluşacağı söylenebilecektir.

4.4.4.5 Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali

Bu suç açısından hareket unsuru, TCK'nın 233. maddesinin 1. fıkrası için *“aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmemek”* tir. 3. fıkra ise; *“itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokmak”* şeklindeki bir hareketin gerçekleşmesi aranmıştır. Fail 1. fıkradaki suç için bu hareketlerden birini seçerek suçu işleyebilir. Dolayısıyla bu suçun seçimlik ve bağlı hareketli bir suç olduğu ifade edilmiş⁸³², bir görüşe göre ise failin bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüklerinden herhangi birini gerçekleştirmesi hali için herhangi bir özel hareket şekli belirtilmediği için suçun serbest hareketli olduğu öne sürülmüştür⁸³³. 3. fıkradaki suç içinse bağlı hareketli bir suç niteliğinde olduğu ancak seçimlik şekilde sayılan itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerle de suçun işlenebileceği savunulmuştur⁸³⁴.

Kanaatimizce 1. fıkra da yer alan suç seçimlik hareketli bir suçtur. Zira kanun koyucu maddede yer alan hareketlerden herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle suçun

⁸³² NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 148. *Nuhoğlu*'ya göre 3. fıkra da düzenlenen suçta hareket unsuru itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu ya da uyarıcı maddelerin kullanılması veya onur kırıcı tavır ve hareketlerin yapılmasıdır. Çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokmak ise cezalandırılabilme şartı olarak ifade edilmiştir. NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 166. Kanaatimizce maddenin ilk kısmı hareketi, ikinci kısmı ise neticeyi göstermektedir.

⁸³³ IŞIK YILMAZ, s. 97.

⁸³⁴ NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 166. Suçun seçimlik ve bağlı hareketli bir suç olduğu düşüncesi için bkz. IŞIK YILMAZ, s. 101.

oluşacağını kabul etmektedir. Hareketin özel olarak nasıl gerçekleştirileceği önem taşımamaktadır. 3. fıkra da seçimlik hareketli suç olduğu söylenebilecektir. Burada ise kanun koyucu anne ve baba için itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin en az biriyle bu suçun işlenebileceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla bu hareketler açısından da 3. fıkranın seçimlik hareketli suç kapsamında olduğunu kabul etmekteyiz.

Her iki fıkra da yer alan suçların yalnızca ihmali hareketle işlenebileceği kabul edilmektedir⁸³⁵. Hem 1. fıkra hem de 3. fıkra açısından bakıldığında, her iki suçun da ihmali hareketle işlenebileceği konusuna katılmaktayız. Zira 1. fıkra da “*yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi*”den bahsedilmiş, 3. fıkra da ise “*maddi ve manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba*” ifadesi kullanılmıştır. 1. fıkra da hareketin ihmali gerektirdiği açıktır. Ancak 3. fıkra da her ne kadar ahlak, güvenlik ve sağlığın ağır şekilde tehlikeye sokulmasından bahsedilse de bu neticeye neden olan hareketin maddi ve manevi özen eksikliği nedeniyle gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla 3. fıkra açısından da ihmali hareketin arandığı söylenebilecektir⁸³⁶.

Kanaatimizce çocukluk dönemi aşıları ve topuk kanı testlerinin yapılması konusunda rıza göstermeyen anne ve babaların aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçu çerçevesinde cezalandırılmaları somut olaylara göre mümkün olabilecektir. TMK’nın 399. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen “*Ana ve baba, çocuğun*

⁸³⁵ NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 148, 167. Alman hukukunda, 3. fıkra da yer alan suç tipinin hem icrai hem de ihmali hareketle işlenebileceği görüşünün kabul edildiği ifade edilmiştir. DIPPEL, Karlhans: StGB Leipziger Kommentar Grosskommentar, 11. Aufl. 5. Band, Berlin 1998, s. 171, kn. 8’den aktaran NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 166.

⁸³⁶ Aynı yönde bkz. NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 167.

bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar.” hükmüne göre anne ve babanın bu yükümlülüklerini yerine getirmeyerek çocuklarının menfaatine olmasına rağmen aşı yapılmasına ve topuk kanı alınmasına rıza göstermemeleri durumunda suçun oluşması söz konusu olabilecektir.

4.5 Netice

Hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik, netice olarak adlandırılmaktadır. Ancak elbette, herhangi bir neticenin ortaya çıkması yeterli değildir. Önemli olan suçun kanuni tipinde yer alan neticenin gerçekleşmiş olmasıdır. Ancak bu durumda ceza hukuku anlamında neticeden bahsedilebilir⁸³⁷. Netice konusu öğretide birçok açıdan ele alınmıştır. Ancak çalışma kapsamında, çocuğun vücudu üzerinde gerçekleştirilecek bazı tıbbi müdahaleler bakımından bir değerlendirme amaçlanmaktadır. Bu çerçevede; sağlık çalışanları tarafından gerçekleştirilen müdahalelerde ortaya çıkan neticeler ya da tehlikeler ele alındığında, ortada tipe uygun bir neticenin bulunup bulunmadığı değerlendirilecektir. Neticeyi türlerine göre ele almak gerekirse; neticeli suçlar, neticesi harekete bitişik suçlar, zarar suçları ve tehlike suçları şeklinde dört temel türde incelemek mümkündür⁸³⁸.

⁸³⁷ DÖNMEZER/ERMAN, s. 97. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 264. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 337. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 212. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 238. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 193. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 157-158.

⁸³⁸ Centel/Zafer/Yenerer Çakmut, neticesine göre suçlara ilişkin şu şekilde bir ayrım yapmıştır: Neticesi harekete bitişik suç-neticesi hareketten ayrılabilen suç, seçimlik neticeli suç-tek neticeli suç, tehlike suçu-zarar suçu, ani suç-kesintisiz (mütemadi) suç. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 264-269. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır’a göre neticeye göre suçların tasnifi şu şekildedir: sırf hareket suçları-neticeli suçlar ve kalkışma suçları. Yazarlar zarar suçu-tehlike suçu ayrımını suçun konusu başlığı altında incelemişlerdir. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 339-340. Öztürk/ErDEM’e göre netice açısından suçlar şu şekilde ayrılmıştır: Neticeli suçlar – salt hareket suçları, ani suçlar – kesintisiz suçlar, zarar suçları ve tehlike suçları ve kalkışma suçları. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 212-215. Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük’e göre ayrım şu şekildedir: şekli suçlar – maddi suçlar (neticeli suçlar – neticesiz suçlar), zarar suçları – tehlike suçları, ani suç – mütemadi suç ve kalkışma suçları.

Hareket ile neticenin ayrılabilirdiği suçlar⁸³⁹ olarak ifade edilen neticeli suçlarda zaman ve yer bakımından hareketten ayrılabilen bir neticenin varlığı aranmaktadır. Bu gibi suçlarda kanundaki suç tipinde yer alan neticenin gerçekleşmesi gerekli olup yalnızca korunması amaçlanan hukuki yararın ihlal edilmiş olması suçun işlenmesi için yeterli kabul edilmemektedir. Dolayısıyla, nedensellik bağı bu suçlar açısından önemlidir⁸⁴⁰. Ayrıca ceza hukukunun dış dünyaya yansıyan insan hareketlerini ele aldığı ve neticenin de bu şekilde tanımlandığı göz önünde bulundurulduğunda, neticesiz hareketlerin ceza

ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 238. *Hakeri*'nin ayrımı şu şekildedir: Neticesi harekete bitişik suç (sırf hareket suçları) – neticesi hareketten ayrılabilen suç, zarar suçu – tehlike suçu, ani suç – kesintisiz suç. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 158-162. Her suçta netice bulunup bulunmadığı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, her suçta bir netice vardır ve suçun tehlike suçu olması bunu değiştirmez zira bu görüş tehlikenin de aslında kendi başına bir netice olduğunu savunmaktadır. Örnek olarak, hakaret suçlarında neticenin gözle görülür olmadığı savunulmuş, bu suçta mağdurun gerçekte onur ve saygınlığının rencide edilip edilmediğine bakılmaksızın yalnızca bu tehlikenin bulunması bir netice olarak kabul edilmiştir. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 238. Her suçta bir neticenin mutlaka bulunması gerektiği, ancak bazı suçlarda hareket ve neticenin birbirinden ayrılmaz nitelikte olduğu yönünde bkz. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 264. *Dönmezer/Erman* da her suçta bir neticenin bulunduğunu, bazen hareketten ayrılıp bazense harekete bitişik olduğunu kabul etmekte ve korunması amaçlanan hukuki yararın ihlal edilmesinin netice olarak değerlendirilmesi için yeterli olduğunu, ihlal yoksa suçun da olmayacağını savunmaktadır. DÖNMEZER/ERMAN, s. 99. Aynı yönde HAKERİ, Genel Hükümler, s. 158. Başka bir görüşe göre ise her suçta bir netice bulunmamakla birlikte bazı suç tiplerinde özel olarak neticenin gerçekleşmesi aranıyorsa bu hallerde netice bir unsur olarak kabul edilmelidir. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 212. Bir diğer görüşe göre ise, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle her suçun mutlaka neticesinin bulunması gerektiği yönündeki görüşün artık kabul görmediği, dolayısıyla “neticesi harekete bitişik” veya “neticesi hareketten ayrı suç” kavramlarının artık kullanılmadığı, dolayısıyla da her suçun mutlaka bir neticesinin bulunmak zorunda olmadığı savunulmuştur. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 193. Suçun tamamlanması için neticenin gerçekleşmesinin gerekli olmadığı suçlara neticesiz suç dendiği ve dolayısıyla neticesiz suçların bulunduğu görüşünü savunmakla birlikte, öğretide bu suçları “sırf hareket suçları”, “neticesi harekete bitişik suç” veya “şekli suç” olarak adlandırıldığı yönündeki görüş için bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, 339.

⁸³⁹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 98-99. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 339. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 213. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 194. “Neticesi hareketten ayrılabilen suç” adlandırması için bkz. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 264. Aynı yönde HAKERİ, Genel Hükümler, s. 158. *Dönmezer/Erman* ayrıca “neticeleri kanunda gösterilen suçlar” ile “neticeleri kanunda gösterilmeyen suçlar” şeklinde bir ayrımın bulunduğunu da ifade etmiştir. DÖNMEZER/ERMAN, s. 99.

⁸⁴⁰ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 265. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların da neticeli suçların özel bir türünü oluşturduğu yönünde bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 213.

hukukunun çalışma alanı kapsamında olmayacağı yönündeki görüş⁸⁴¹ yerinde kabul edilmelidir.

Neticesiz suçlar veya salt hareket suçları⁸⁴² olarak da adlandırılan neticesi harekete bitişik suçlarda ise, suçun kanuni tanımında bir netice yer almadığı ifade edilmiştir. Kanunda yazılan icrai veya ihmali hareketin fail tarafından gerçekleştirilmesi bu suçun işlenmiş olması için yeterlidir⁸⁴³. Bu tür suçlarda esasında bir neticenin bulunduğu ancak neticenin hareketten ayrılabilir nitelikte olmadığı kabul edilmektedir⁸⁴⁴. Her suçta bir netice bulunduğunu ve bazı suçlarda neticenin hareketten ayrılmaz nitelikte olduğu görüşüne katılıyoruz. Dolayısıyla bu çalışmada da neticenin bulunup bulunmaması açısından değil, suç teşkil edebilecek nitelikteki hareketlerin neticesinde zararın veya tehlikenin ortaya çıkması bakımından bir ayrımla konu ele alınacaktır.

4.5.1 Zararın Ortaya Çıkması

Netice, zarar veya tehlike şeklinde ortaya çıkmış olabilir. Burada belirleyici olan nokta, kanuni tipte yazılı olan neticedir. Kanun bazı durumlarda mutlaka bir zararın ortaya çıkmasını aramışken bazı durumlarda ise suçun oluşabilmesi için tehlikenin ortaya

⁸⁴¹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 99. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 264. *Centel/Zafer/Yenerer Çakmut*'a göre ayrıca suçun neticesi açısından yapılan bir ayırım da seçimlik neticeli suçlar-tek neticeli suçlardır. Seçimlik neticeli suç tanımında netice birden fazla şekilde ortaya çıkabilmekte, dolayısıyla bunlardan yalnızca bir neticenin gerçekleşmesi, suçun ortaya çıkması için yeterlidir. Kanunda yalnızca tek bir neticenin gösterilmiş olması durumunda ise tek neticeli suçun bulunduğu kabul edilmiştir. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 265.

⁸⁴² Bu adlandırma için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 213. Benzer şekilde “sırf hareket suçları” adlandırması için bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 339. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 194.

⁸⁴³ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 213. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAĞSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 238. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 159. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 193. *Özgenç* bu hareket şeklini açıklarken “fiilin icra edilmesiyle suçun tamamlandığını” ifade etmiştir. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 194.

⁸⁴⁴ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 264. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 159. Neticesiz suç ayırımını kabul etmeyen düşünceye göre; neticesiz suç kavramı hatalı olup her suçta bir netice bulunmaktadı. Bu tür suçlarda neticenin harekete bitişik, harekete bağlı olduğu kabul edilmektedir. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAĞSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 238.

çıkmasını yeterli kabul etmiştir⁸⁴⁵. Bu ayrım açısından önemli olan, korunması amaçlanan hukuki değerin suçla ihlal edilmesi aşamasında neticenin ortaya çıkışıdır. Zarar suçlarında neticenin somut olarak ortaya çıkması ve zararın meydana gelmesi aranırken tehlike suçlarında ise bir zararın ortaya çıkmış olması gerekmez, yalnızca korunması amaçlanan hukuki değer açısından bir zarar tehlikesinin belirmesi yeterli kabul edilmektedir⁸⁴⁶.

4.5.2 Tehlikenin Ortaya Çıkması

Tehlike suçlarında kanuni tanımda yazılan hareketin gerçekleştirilmesinin ardından ortaya bir zararın çıkması beklenmeden failin bu hareketinden dolayı sorumlu tutulması söz konusu olmaktadır. Burada her ne kadar ortaya bir zarar çıkmamış olsa da kanun koyucu korunması amaçlanan hukuki menfaat açısından bir değerlendirme yapmakta ve söz konusu durumda bu değerin zarar uğramasından önce yalnızca zarar tehlikesinin bulunmasını dahi cezalandırılması gereken bir hareket olarak görmektedir. Dolayısıyla da ortaya bir zarar çıkmasa dahi ceza hukuku anlamında bir fiilden

⁸⁴⁵ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 265. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 385. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 238. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 159.

⁸⁴⁶ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 265. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 385. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 239. Bazı suçlarda tehlikeye sebep olunmasının yanında ayrıca ortaya bir zararın çıkmasının da söz konusu olabileceği, bu gibi hallerde içtima hükümlerinin devreye girerek faile zarardan dolayı ceza verilip tehlikeden dolayı ceza verilmeyeceği ifade edilmiştir. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 160. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, zarar ve tehlike suçlarını anlatırken korunması amaçlanan hukuki yarar değil, suçun konusu üzerinde bir zarar veya zarar tehlikesi bulunması gerektiğini ifade etmiştir. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 385. Bu suç ayrımında, korunması amaçlanan hukuki yarar üzerinde ortaya çıkan etkinin zarar veya tehlike olması durumu kıstas olarak alınmaktadır. Bir suçun zarar suçu olarak adlandırılması için, neticenin gerçekleşmesiyle birlikte dış dünyada zararın ortaya çıkmış olması aranır ve bu zararın da korunması amaçlanan hukuki yarar üzerinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 265. Zarar suçlarının ayrıca neticeli suçlar olduğuna dair bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 216. Zarar suçlarının kural olarak neticeli suçlar olduğu ancak tüm zarar suçlarının neticeli suç olması gerekmediği yönünde bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 385. Zararın parayla ölçülebilen ve ekonomik bir niteliğinin olması gerekmez. Manevi zararlar da bu kapsamda kabul edilmektedir. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 385.

bahsedilebilecektir⁸⁴⁷. Ancak tehlike kavramı belirlenirken, son derece dikkatli bir değerlendirme yapılmalı, tehlike kavramının geniş bir şekilde yorumlanmaması için ihtimalin basit değil kuvvetli bir nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁴⁸.

4.5.3 Tıbbi Müdahaleler Açısından Değerlendirme

4.5.3.1 Vücuda Acı Verme, Sağlığın ya da Algılama Yeteneğinin Bozulması

Mağdurun vücuduna acı verme, sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma neticesi aslında birçok tıbbi müdahaleyi içine alabilecek niteliktedir. Bunlardan çalışma konusu kapsamında olanlar; sünnet, kızlık zarı dikimi (hymenoplasti) ve cinsiyet gelişim farklılıklarına yönelik müdahaleler şeklinde sıralanabilir.

⁸⁴⁷ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 265-266. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 385. Bu durum, cezanın son çare olması özelliğine uygun düşmemesi ve kanun koyucu tarafından ceza hukukunun müdahale edeceği alanın genişletilmesi sonucunu doğurma ihtimalinden dolayı eleştirilmiştir. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 239. Kanun koyucunun cezalandırmanın sınırını genişletmekle birlikte aslında bunu yaparak kamu düzenini koruma amacı güttüğü yönündeki görüş için bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 385. Ayrıca tehlike suçlarının somut tehlike ve soyut tehlike şeklinde ikiye ayrıldığı, somut tehlike suçlarında söz konusu fiille suçun maddi konusu üzerinde gerçekten somut bir tehlike oluşup oluşmadığının incelendiği, burada neticenin tehlikenin meydana gelmesi olduğu ve bunun ispatlanması gerektiği; soyut tehlike suçlarının ise icra veya ihmal hareketinin gerçekleştirilmesiyle tamamlandığı ve herhangi bir tehlikenin oluşup oluşmadığının araştırılmadığı ifade edilmiştir. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 267-268. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 385-386. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 216-217. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 240-241. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 160. Somut tehlike suçlarında ortada bir netice henüz bulunmamasına rağmen netice tehlikesinin varlığı nedeniyle neticeli suçlar kapsamında kabul edileceği, soyut tehlike suçlarında ise hareketin gerçekleştirilmesi veya gerçekleştirilmemesiyle birlikte tehlikenin de gerçekleştiği varsayılarak aslında neticesiz bir suçun meydana geldiği öne sürülmüştür. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 216-217. Somut tehlike suçlarının neticeli suçlar olarak kabul edilmesine dair aynı yönde bkz. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 268. Ayrıca soyut tehlike suçlarının kanunlarda yer almaması gerektiği, zira henüz ortada bir tehlike yokken dahi sanki bir tehlike varmışçasına kanun koyucu tarafından cezalandırma yöntemine gidildiği ve bunun da ceza hukukunun genel ilkeleriyle bu tür suçların bağdaşmadığı yönündeki görüş için bkz. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 267. Soyut tehlike suçlarının sırf hareket suçu olduğu yönündeki görüş için bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 387.

⁸⁴⁸ Tehlikenin belirlenmesi konusunda öğretide farklı ölçütlerin ele alındığı; subjektif teori, objektif teori ve karma teori şeklinde tehlikenin tespiti için çeşitli görüşlerin bulunduğu aktarılmıştır. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 266.

TCK'nın 86. maddesinde yer alan, “*Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” ifadesine dayanarak kasten yaralama suçunun bu tür müdahalelerde söz konusu olacağı söylenebilecektir. Dolayısıyla bu suçun neticeli bir suç olduğu, zarar neticesinin ortaya çıkması ve bu zararın da acı, sağlığın ya da algılama yeteneğinin bozulması şeklinde olması gerektiği söylenebilecektir. Acı verme neticesinin fiziksel bir acının ortaya çıkmasını ifade etmekte olduğu, vücut bütünlüğüne yönelik olan her türlü acının ortaya çıkmasının bu suç açısından bir netice olarak kabul edilebileceği savunulmuştur⁸⁴⁹. Sağlığın bozulması neticesi açısından ise sağlıklı olmanın ne olduğunu ifade eden beden ve ruhen tam bir iyilik içinde olma kriteri çerçevesinde düşünüldüğünde, bu durumun bozulması neticesinin ortaya çıkması gerekmektedir. Ancak burada bir hastalık neticesinin ortaya çıkması şartı aranmamaktadır⁸⁵⁰. Algılama yeteneğinin bozulması neticesi açısından ise algılama, düşünme veya hareketleri iradi olarak yönlendirme yeteneklerinin bozulması gerekmektedir. Sağlığın bozulması kapsamında da değerlendirilebilecek olan algılama yeteneğinin bozulması neticesi de ortaya çıkabilecek neticelerden biridir⁸⁵¹. Son olarak, madde metninde yer alan neticelerin birine neden olmak suçun oluşması için yeterli kabul edildiğinden⁸⁵² bu suç açısından zarar neticesinin mutlaka ortaya çıkması gerektiği söylenebilecektir.

Çalışma konusu kapsamındaki tıbbi müdahale türleri açısından, sünnet, kızlık zarı dikimi (hymenoplasti) ve cinsiyet gelişim farklılıklarına yönelik müdahaleler neticesinde

⁸⁴⁹ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 140. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 203. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 208-209.

⁸⁵⁰ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 141. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 204. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 209.

⁸⁵¹ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 142. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 210. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 210.

⁸⁵² CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 140.

vücuda acı verme ve sağlığın bozulması neticelerinin ortaya çıkması mümkündür. Yukarıda yaptığımız açıklamaları burada da tekrarlamaktayız ve yaralama suçunun neticelerinin bu tür müdahaleler kapsamında değerlendirilme imkanının olduğu düşüncesindeyiz.

4.5.3.2 Ceninin Canlılığının Sona Ermesi

Cenin canlılığının sona ermesi neticesi esasında TCK'nın 99. maddesinde düzenlenen “Çocuk Düşürtme” suçuna aittir. Ancak çalışma konusu kapsamında ele aldığımız gebeliğin sonlandırılması fiilinde de çocuk düşürtme suçu söz konusu olacağı için bu neticenin gerçekleşmesi halinin ele alınması gerekmektedir.

Söz konusu suç, neticeli ve zarar suçu niteliğine sahiptir⁸⁵³. Suçun oluşması için ortaya çıkması gereken netice, ceninin anne rahminden ayrılmak suretiyle canlılığının ve gelişiminin sona erdirilmesidir. Canlılığın sona ermesiyle suçun netice unsurunun gerçekleştiği ifade edilmiştir⁸⁵⁴.

Bu kapsamda, çocuğun gebeliğinin sonlandırılması açısından suç ele alındığında, özellikle TCK'nın 99. maddesinin 1. ve 6. fıkralarında yer alan neticelerin gerçekleşmesi durumundaki sorumluluk ihtimali gündeme gelmektedir. Zira 1. fıkra, rıza dışı gerçekleştirilen gebeliğin sonlandırılması neticesini, 6. fıkra ise suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılması neticesini düzenlemiştir.

⁸⁵³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 301.

⁸⁵⁴ OKTAR, s. 184-185.

4.5.3.3 Kötü Muamele

Kötü muamele suçunun sırf hareket suçu olduğu ifade edilmiştir⁸⁵⁵. Ancak kanaatimizce her suçta bir netice vardır. Dolayısıyla bu suçun neticesi harekete bitişik bir suç niteliğinde olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte, kanunda ortaya herhangi bir zararın çıkması gerektiğine dair hüküm bulunmadığından bu suçun bir soyut tehlike suçu olduğu da kabul edilebilecektir.

4.5.3.4 Çocuğun Ahlak, Güvenlik ve Sağlığının Ağır Şekilde Tehlikeye Sokulması

Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçunda, 1. fıkra ve 3. fıkra da farklı neticelerin ortaya çıkması aranmıştır. 1. fıkra açısından herhangi bir zararın ortaya çıkması gerektiğine ilişkin olarak kanun maddesinde özel bir düzenleme yer almadığından, bu suç tehlike suçu olarak kabul edilebilecektir. Ayrıca somut bir tehlikeye ilişkin olarak herhangi bir özel durum belirtilmediği için soyut tehlike suçu şeklinde ifade edilebilecektir⁸⁵⁶.

3. fıkra da ise çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan anne veya babanın bu suçu işledikleri ifade edilmiştir. Burada bir zararın değil, tehlikenin aranması söz konusudur ve tehlikenin şekli de ifade edildiğinden suçun somut tehlike suçu niteliğine sahip olduğunu söylemek mümkündür. Burada eleştirdiğimiz bir konu; netice açısından maddede sayılan ahlak, güvenlik ve sağlığın üçünün de tehlikeye

⁸⁵⁵ ZAFER, s. 131. Suçun tamamlanması için kanunda herhangi bir neticenin ortaya çıkmasının aranmadığına dair NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 113. AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 254.

⁸⁵⁶ NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 148. IŞIK YILMAZ, s. 97. Alman hukukunda bu suç tipinin somut tehlike suçu olarak değerlendirildiğine dair bkz. OTTO, Harro: Grundkurs Strafrecht Die Einzelne Delikte, 7. Aufl., Berlin 2005, s. 366, RITSCHER, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 2/2, München 2005, m. 171, kn. 12, KINDHAEUSER, Urs: Strafrecht Besonderer Teil III, Wien 1999, s. 141'den aktaran NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 167.

sokulmuş olması şartının bulunmasıdır. Zira bu çıkarımı “ve” bağlacının kullanılmasından yola çıkarak yapmaktayız. Kanaatimizce burada “veya” bağlacı kullanılmalı ve bu tehlikelerden herhangi birinin ortaya çıkması halinde suçun gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Zira çalışma konusu açısından bakıldığında, çocuğun sağlığının ağır şekilde tehlikeye sokulması, maddenin lafzi değerlendirilmesi neticesinde bu suçun oluşması için yeterli olmayacaktır. Dolayısıyla maddenin belirttiğimiz şekilde değişmesi kanaatimizce daha isabetli olacaktır.

4.6 Manevi Unsur

Fail ile fiili arasındaki manevi bağ olarak nitelendirilen manevi unsur, kast ve taksirden oluşmaktadır⁸⁵⁷. Manevi unsur açısından temel alınan, fail değil fiildir. Her ne kadar manevi unsur dendiğinde fail ile fiil arasındaki manevi veya psikolojik bağdan bahsedilse de failin her fiilinde ayrı bir manevi unsur değerlendirmesi yapılması gereklidir. Failin temel alınmamasındaki neden, fiil ceza hukuku anlayışının kabul edilmesidir. Fail fiili bazında değerlendirilir ve failin durumu yalnızca somut olay çerçevesinde fiilin manevi unsurunun belirlenmesinde etkili olur⁸⁵⁸. TCK’nın 21. maddesinde kast, 22. maddesinde ise taksir düzenlenmiştir. Kast ile taksir arasında nitelik açısından bir fark bulunmamakla birlikte kastta fail kanunda yasaklanan veya emredilen hareketi ve kanunda yer alan neticeyi gerçekleştirme konusunda iradesini ortaya koymaktayken taksirde ise kendisine yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı için kanunda yer alan suçu işlemiş olmaktadır⁸⁵⁹.

⁸⁵⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 391. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 205. Centel/Zafer/Yenerer Çakmut bu baği psikolojik bağ olarak nitelendirmişlerdir. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 356.

⁸⁵⁸ HAKERİ, Genel Hükümler, s. 206.

⁸⁵⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 394.

Kast ya da taksirin bulunmadığı durumlarda suç oluşmaz. Her ne kadar kanunda yazılı olan fiili gerçekleştirip yine kanunda yazılı olan sonuç ortaya çıksa da manevi unsurun bulunmaması halinde suçtan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, örneğin kaza veya tesadüf gibi durumlarda manevi unsurun bulunmadığı anlaşılırsa kişinin somut olaydaki suçu işlediği söylenemeyecektir⁸⁶⁰.

4.6.1 Kasttan Doğan Sorumluluk

Ceza hukukunda ceza sorumluluğunun temeli kasten işlenen suçlardan oluşmaktadır. Zira TCK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasında bu durum, “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.*” ifadesiyle belirtilmiştir. Suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi durumunda kasten sorumluluktan bahsedilebilecektir. Dolayısıyla da bilme ve isteme, kastın unsurları olarak kabul edilmektedir⁸⁶¹.

⁸⁶⁰ HAKERİ, Genel Hükümler, s. 207.

⁸⁶¹ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 363. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 400. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 208-209. Kastın unsurlarının düşünme ve öngörme unsuru ile irade unsuru şeklinde nitelendirilmesine ve bilme unsurunu düşünme ve öngörme unsuru, isteme unsurunu ise irade unsuru olarak adlandırılmasına dair bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 464-467. Kastın ilk unsuru olan bilme unsurunun kapsamında farklı kriterler bulunmaktadır. Bilme unsurunda kastedilen, failin suçun kanuni tanımında yer alan unsurları bilmesidir. Yani aslında fail, gerçekleştireceği hareketi, hareketin devamında ortaya çıkacak neticeyi, eğer varsa ağırlaştırıcı nedenleri, mağdurun sahip olduğu özellikleri gibi tüm unsurları bilerek fiilini gerçekleştirecek olmalıdır. DÖNMEZER/ERMAN, s. 464-465. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 365-366. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 400-405. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 209-210. Bilme unsurunun içerisinde hukuksal değerlerin ihlal edildiğinin bilinmesi gerektiğini ve bu durumda bilme unsurunun tamamlanacağı düşüncesi için bkz. OZANSÜ, Mehmet Cemil: Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 125. Kastın ikinci unsuru olan isteme unsuru ise, failin bilerek gerçekleştirdiği fiiliyle ortaya çıkacak neticeyi istemesidir. Dolayısıyla yalnızca suçun unsurlarının fail tarafından bilinmesi suçun kasten işlenmesi için yeterli olmayıp ayrıca isteme unsurunun da bulunması şarttır. DÖNMEZER/ERMAN, s. 467. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 368. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 405. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 212-213. Bunun bir sonucu olarak, isteme unsurunun bilme unsuruyla bağlantılı ve birbirine uygun olması gerekmektedir. DÖNMEZER/ERMAN, s. 467. Ayrıca failin gerçekleştireceği fiilden doğması kesin veya muhakkak olan neticeler açısından da kasten hareket ettiği kabul edilmektedir. DÖNMEZER/ERMAN, s. 469. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 368. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 212-213. Kastın birçok türü vardır. *Dönmezer/Erman*'a göre, suçun çeşitli aşamalarında kastın durumu

Bir görüşe göre; tıbbi müdahaleler niteliği gereği kasten yaralama suçunun unsurlarını içerse dahi, hukuki sınırlar içerisinde gerçekleştirilmek kaydıyla, yetkili hekimin gerçekleştirdiği bu müdahaleden dolayı cezalandırılması söz konusu olmayacaktır⁸⁶². Yalnızca rızanın alınmaması nedeniyle tıbbi müdahalenin kasten yaralama suçu çerçevesinde değerlendirilmemesi gerektiği de ifade edilmiştir⁸⁶³.

Bazı tıbbi müdahaleler niteliği gereği tartışmalıdır. Örneğin sünnet uygulamaları bunlardan biridir. Sünnet, kasten yaralama açısından, fiilin hukuka uygunluğu çerçevesinde incelenmelidir. Burada cevaplanması gereken soru, ebeveyn rızasının bu müdahaleyi hukuka uygun hale getirip getirmeyeceği ve kasten yaralama suçunun oluşmaması için ebeveyn rızasının yeterli olup olmadığıdır. Konuyla ilgili olarak, ikinci bölümde yapılan tartışmalar ışığında farklı görüşlerin olduğunu söylemek gerekmektedir. Sünnet uygulamasının ceza hukukundaki niteliği TCK'nın 86. maddesi açısından değerlendirilmelidir. Zira suçun oluşması için başkasının vücuduna kasten acı vermek yeterlidir. Ayrıca sünnet uygulaması açısından bu madde değerlendirildiğinde, 3. fıkrada yer alan nitelikli hallerin gerçekleştiğini söylemek de mümkün olacaktır. Özellikle “b”

değişkenlik göstermektedir. Bu açıdan kastı başlangıçta kast, eklenen kast ve sonradan oluşan kast şeklinde ayırmıştır. Kastın çeşitleri başlığı altında ise; genel kast - özel kast, asıl kast - yan kast, zarar kastı - tehlike kastı, doğrudan doğruya kast - dolaylı kast, ani kast - düşünce kastı şeklinde bir sınıflandırma tercih etmiştir. DÖNMEZER/ERMAN, s. 475-490. *Centel/Zafer/Yenerer Çakmut*'a göre kastın türleri: Başlangıçta kast - eklenen kast, doğrudan kast - dolaylı kast, genel kast - özel kast, ani kast - düşünce (tasarlama) kastı. CENTEL/ZAFER/ YENERER ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 365-369-378. *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır*'a göre ayrım şu şekildedir: doğrudan kast - olası kast (yazarlar doğrudan kastı da ikiye ayırmış ve birinci derece doğrudan kast ile ikinci derece doğrudan kast şeklinde bir ayrımı kullanmışlardır.), genel kast - özel kast, ani kast - tasarlama (taammüt) kastı, Weber kastı, alternatif kast - kümülatif kast. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 405-425. *Hakeri*'ye göre kastın türleri: Özel kast - genel kast, ani kast - tasarlama, doğrudan kast - olası kast ve alternatif kasttır. HAKERİ, *Genel Hükümler*, s. 218-230. Bununla birlikte, kastta yer alan isteme unsurunun özgür bir iradenin sonucu olması gerekmediği, yalnızca harekette bilinçli bir iradenin bulunmasının yeterli olduğu ifade edilmiştir. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 405.

⁸⁶² CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 135. ÇETİNKAYA, s. 119.

⁸⁶³ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 257.

bendinde yer alan “*beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı*” işlenmesi durumu hekim açısından ağırlaştırıcı bir neden olarak söz konusu olabilecektir⁸⁶⁴.

Kızlık zarı dikimi (Hymenoplasti) eylemi tıbbi bir gereklilik olmasa da uygulamada gerçekleştirilen bir müdahaledir ve genellikle toplumsal normlara uymak gerekliliğinden kaynaklanır. Yetişkinler için bir estetik müdahale olarak düşünülebilirse de çocuklar açısından aynı şeyi söylemek mümkün değildir ve ailenin isteğiyle çocuğa hymenoplasti uygulanması durumunda kanaatimizce TCK’nın 87. maddesi kapsamında kasten yaralama suçu oluşmuş olacaktır⁸⁶⁵.

Bunun dışında, TCK’nın 287. maddesinde yer alan genital muayene suçu, 99. maddesinde yer alan çocuk düşürtme suçunun kasten işlenebilecek suçlar olduğu açıktır. Dolayısıyla, genital muayene ve gebeliğin sonlandırılması uygulamalarından dolayı ortaya çıkabilecek ceza sorumlulukları açısından bir değerlendirme yapılabilmesi için olayın şartları ele alınmalı, eğer tipik fiil gerçekleşmişse ve herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmuyorsa, ilgili kişiler açısından kasttan doğan bir sorumluluk söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, her iki suç da genel kastla işlenebilir niteliktedir. Özel kastın

⁸⁶⁴ Aynı yönde bkz. TULAY, s. 584-586. Sünnet uygulamalarında taksirle yaralamanın söz konusu olabileceği, aksi bir değerlendirmenin bu tür müdahalelerin gerçekleştirilmesini imkansızlaştıracağı yönündeki düşünce için bkz. TANERİ, S. 113.

⁸⁶⁵ Bu gibi durumlarda endikasyon şartı eksikliğinden dolayı kasten yaralama suçunun oluşacağı düşüncesi için bkz. EKİNCİ, Kızlık Zarı, s. 85. Ayrıca sosyal veya psikolojik olarak bir zorunluluğun bulunabileceği dikkate alındığında, endikasyonun varlığı nedeniyle eylemin hukuka uygun olacağı görüşü için bkz. EKİNCİ, Kızlık Zarı, s. 98.

varlığı aranmaz⁸⁶⁶. Burada olası kast değerlendirmesi yapılabilir. Her iki suçun da olası kastla işlenebileceği kabul edilmiştir⁸⁶⁷.

Tüm bunların dışında, tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilmesinde hatalı uygulamalar da söz konusu olabilmektedir. Hatalı uygulamalarda hekimin ceza sorumluluğundan bahsedilmesi mümkün olabilecektir. Bu gibi hallerde hatalı uygulamanın kasten yapılması söz konusuysa, malpraktis kapsamında değerlendirilmeden kasten yaralama suçu çerçevesinde durumun ele alınması gerekmektedir. Zira tıbbi müdahalelerde malpraktisin kasttan doğan sorumluluk açısından değerlendirilmesinde, bu tür eylemlerin malpraktis olarak kabul edilemeyeceği savunulmaktadır. Burada tıbbi bir hatadan ziyade tıbbın araç olarak kullanıldığı öne sürülmüş, tıp mesleğinin icrasıyla bağlantısının bulunmadığı ve fiilin tıbbi bir yönünün söz konusu olmayacağı ifade edilmiştir⁸⁶⁸.

Son olarak, aile düzenine karşı suçlar kapsamında kötü muamele ve aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçları açısından da kasten işlenebilen suçlar olduğunu, bu suçların genel kastla işlenebileceğini ifade etmek gerekmektedir. Ayrıca suçun olası kastla işlenmesinin mümkün olduğu da kabul edilmiştir⁸⁶⁹. Aile

⁸⁶⁶ Genital muayene suçu için ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, s. 540. YENERER ÇAKMUT, Genital Muayene, s. 57. Çocuk düşürtme suçu için OKTAR, s. 209. ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 315.

⁸⁶⁷ Genital muayene suçu için ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, s. 540. YENERER ÇAKMUT, Genital Muayene, s. 57. Çocuk düşürtme suçu için TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 308. ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 315. OKTAR, s. 210. HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 205.

⁸⁶⁸ ERSOY, s. 167. Aynı yönde BİRTEK, Fatih: “Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir- Bilinçli Taksir Ayrımı (Komplikasyon - İzin Verilen Risk Ayrımı Bağlamında)”. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(1), 2015, s. 69. Ancak uygulamanın hekimin tüm dikkat ve özen yükümlülüğüne uyarak gerçekleştirmesine rağmen beklenmeyen olumsuz sonuçların ortaya çıkması nedeniyle taksirli sorumluluğundan bahsedilebilir. Bu durum “taksirden doğan sorumluluk” başlığı altında açıklanacaktır.

⁸⁶⁹ NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 112. ZAFER, s. 133. AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 261. 2. Fıkra düzenlenmiş suç açısından failin özel bir kastla hareket etmesi gerektiği, bu nedenle bu suçun olası kastla işlenemeyeceği öne sürülmüştür. NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 134.

hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali ise; hem 1. fıkradaki hem de 3. fıkradaki suçun olası kastla işlenebileceği belirtilmiştir⁸⁷⁰.

4.6.2 Taksirden Doğan Sorumluluk

Taksirin tanımı TCK'nın 22. maddesinde yapılmıştır. Maddenin 2. fıkrasına göre taksir, “... dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi...” şeklinde tanımlanmıştır; taksirin yalnızca kanunda açıkça tanımlanmış olması halinde söz konusu olacağı da 1. fıkrada ifade edilmiştir. Dolayısıyla her suçun taksirle işlenebilmesi mümkün olmayıp yalnızca TCK'da açıkça taksirle işlenebileceği düzenlenmiş olan suçlar açısından taksirli sorumluluk gündeme gelebilecektir⁸⁷¹.

Dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı farklı şekillerde ortaya çıkmış olabilir. Genellikle bu kuralların kanun veya genel yaşam deneyimlerinden kaynaklandığı kabul edilmektedir. Örneğin belli sıfatlara sahip kişilerin belli kurallara uyması beklenir. Bu

⁸⁷⁰ NUHOĞLU, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 161. ZAFER, s. 136, 139.

⁸⁷¹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 510. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 379. Kişinin kendisinden beklenen dikkat ve özeni yerine getirmeme veya yapması gerekeni eksik yapma şeklinde tanımlanması da mümkündür. Taksirli harekette, fail suçun kanuni tanımında yer alan hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmekte ancak kasttan farklı olarak neticeyi öngörmemekte veya öngörse bile gerçekleşmesini istememektedir. Neticenin öngörülmesi ancak gerçekleşmesi yönünde bir isteğin bulunmaması durumunda bilinçli taksir söz konusu olacaktır. TCK'nın 22. maddesinin 3. fıkrasında bu durum şöyle açıklanmıştır: “Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır...”. Dolayısıyla önemli olan, neticenin öngörülebilir nitelikte olmasıdır zira öngörülebilir nitelikte olmayan neticelerden dolayı failin sorumlu tutulabilmesi mümkün olmayacaktır. Taksirin kasttan ayrılan en önemli yönü de neticenin öngörülebilir nitelikte olduğu halde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmekten dolayı öngörülememesi ya da öngörülse bile neticenin ortaya çıkmasının istenmemesidir. Fail taksirde genellikle dikkatsizlikten dolayı istemediği neticenin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. DÖNMEZER/ERMAN, s. 510-511, 517. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 379-380. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 441. Taksirin hukuki nitelendirilmesi açısından farklı teoriler öne sürülmüştür. Genel olarak kabul gören görüş ise neticenin öngörülebilir olmasıdır. Dolayısıyla fail kendisinden öngörebilmesi beklenen neticeleri dikkat ve özen yükümlülüğüne uymamasından dolayı öngöremediği için cezalandırılmaktadır. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 381. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 433-438. Neticelerin öngörülebilir nitelikte olmaması durumunda taksirden değil, kaza ve tesadüften bahsetmek gerekecektir. DÖNMEZER/ERMAN, s. 517.

kurallar kanunlardan kaynaklanabileceği gibi çeşitli davranış kurallarından veya belirli bir mesleği yapıyor olmaktan, örf ve adetten hatta sosyal hayat tecrübelerinden de kaynaklanabilir. Önemli olan, kişinin durumunun objektif bir şekilde değerlendirilmesi yani çeşitli deneyimler ve kurallar doğrultusunda bir kişinin nasıl davranması gerektiğine dair genel bir ölçüt belirlenmesi gerekliliğidir⁸⁷². Ayrıca öngörülebilirliğin, suçun tüm maddi unsurları açısından söz konusu olması gerekmektedir⁸⁷³.

Bu açıdan bir hekim veya sağlık çalışanının uyması gereken hukuk kuralları olduğu gibi işini yaparken dikkatli ve özenli hareket etme yükümlülüğü mesleğinden dolayı ortaya çıkacaktır. Ancak elbette, fiil sonucunda ortaya çıkan netice tüm bu koşullara rağmen öngörülebilir nitelikte değilse failden de dikkat ve özen göstermesi beklenmeyecektir. Öngörülebilirlik, taksirli sorumluluğun belirlenmesi için önemlidir. Failin niteliği de öngörülebilirlik değerlendirmesinde önem teşkil etmektedir⁸⁷⁴. Örneğin bir hekim ile hemşirenin dikkat ve özen göstermesi gereken konular farklılık gösterebilir. Ya da bir hekimden beklenebilecek dikkat ve özen yükümlülüğüne dair uyması gereken davranışlar, normal bir insandan beklenmeyebilir.

Tıbbi müdahalelerde bulunan hekim, kendisinden beklenen ve meslek kurallarına göre de göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermemesi halinde, diğer şartlar da

⁸⁷² CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 382-383, 390. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 442. Örneğin mesleki taksir kavramı, hekimler için kullanılmıştır. Belirli bir mesleğe sahip olan kişilerin, mesleklerinden dolayı mevcut olan kurallara uymamalarının dikkatsizlik, tedbirsizlik veya acemilikten kaynaklanması, bu kuralları ihlal etmeleri halinde mesleki taksirden bahsedilebileceği ifade edilmiştir. BAYRAKTAR, s. 204-205.

⁸⁷³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 438.

⁸⁷⁴ CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 384-385. Örneğin; sağlık personelinin gerçekleştirdiği tıbbi müdahale neticesinde ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçların müdahaleyi gerçekleştiren kişi tarafından öngörülmesi nedeniyle TCK'da yer alan öngörme şartının oluştuğu ve bu nedenle kişinin bilinçli taksirle hareket ettiğinin kategorik olarak söylenemeyeceğine dair düşünce için bkz. BİRTEK, s. 65.

mevcutsa, taksirle yaralamadan⁸⁷⁵ dolayı sorumlu olabilecektir. Kanunda yer alan tipik fiile göre, başkasının vücuduna acı vermek veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olmak, taksirle yaralama suçunun işlenmesi için gereken fiillerdir. Tıbbi müdahaleler bu açıdan değerlendirildiğinde, ortaya çıkabilecek suç tiplerinden olan taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçlarından bahsedilebilmesi için bir zarar neticesinin bulunması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁷⁶.

Tıbbi müdahaleler açısından taksirli sorumluluk ele alındığında ise, taksirin bir istisna olması ve yalnızca kanunda taksirli hali düzenlenmiş suçlar açısından söz konusu olduğu düşünüldüğünde; bu çerçevede yalnızca yaralama suçu için konu ele alınabilecektir. Zira genital muayene ve gebeliğin sonlandırılması yani çocuk düşürtme suçunun taksirli şekli TCK’da düzenlenmemiştir.

⁸⁷⁵ “Taksirle yaralama

Madde 89- (1) Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

b) Vücudunda kemik kırılmasına,

c) Konuşmasında sürekli zorluğa,

d) Yüzünde sabit ize,

e) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

f) Gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır.

(3) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;

a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,

b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,

c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,

d) Yüzünün sürekli değişikliğine,

e) Gebe bir kadının çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

...

⁸⁷⁶ BİRTEK, s. 68.

5. SONUÇ

Çocuk kavramı, Türk hukukunda 18 yaşından küçük herkesi kapsamaktadır. TMK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde her ne kadar 18 yaşından küçüklerin belirli şartlar altında evlenmeleri ve 18 yaşından önce hukuken ergin kabul edilmeleri mümkün olsa da hem Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve belgeler hem de iç hukukta yer alan düzenlemeler çerçevesinde 18 yaşından küçüklerin çocuk olduğunun kabulü ile istisnai durumlar haricinde, çocuklara ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir.

Çocuk hakları, insan haklarının da gelişimiyle birlikte ortaya çıkmış ve zaman içerisinde gelişerek hukukta önemli bir yer edinmiştir. Birçok açıdan yeni bir alan olan çocuk hukuku halen daha gelişmektedir. Uluslararası alanda ilk kez 1924 yılında Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi'yle hukuki anlamda çocuklara ilişkin bir metin ortaya çıkmış ve çocukların korunması gereken kişiler olarak toplumda yaşayanların da ellerinden gelenin en iyisini yapmakla yükümlü olduklarına dair bir beyanda bulunulmuştur. Ardından birçok bildirge ve sözleşmede de çocuk hakları detaylı şekilde düzenlenmiştir.

İç hukukumuzda ise ilk olarak bakılması gereken düzenleme Anayasa'dır. 1982 Anayasası çocuk haklarını hem doğrudan hem de dolaylı olarak düzenleyen çeşitli hükümler içermektedir. Ayrıca TMK ve ÇKK da çocuk haklarına ilişkin önemli hükümler içermekte, özellikle çocuğun korunmasını ve çocuğun yararının gözetilmesine dair hükümlerin bulunmasıyla da çocuk hakları açısından önemli birer kaynaktırlar. Bununla birlikte, çocuğun vücudu üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler açısından farklı hukuki düzenlemeler yer almakta ve dolayısıyla bu konunun incelenmesi için farklı düzeydeki normların incelenmesi gerekmektedir. Çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkının bu kapsamda ele alınmasından önce ise kendi geleceğini belirleme hakkının sınırlarının çizilmesi gerekmektedir.

Kendi geleceğini belirleme hakkı, kişinin özerkliği ve kendini geliştirme hakkı kapsamında ortaya çıkmış olan son derece önemli ve değerli bir haktır. Özellikle vücut bütünlüğü üzerindeki haklar açısından düşünüldüğünde, özerklik kişinin vücut bütünlüğüne karşı gerçekleştirilecek her türlü müdahalede kendi özgür iradesiyle kendi kararını verebilmesini sağlamaktadır. Kendini geliştirme hakkı ise, kendi geleceğini belirleme hakkının dayanağını oluşturmakta, Alman hukukunda benimsenmiş olan “kapsayan hak” düşüncesi çerçevesinde Türk hukukunda da Anayasa’nın 17. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı” açısından kabul edilmelidir. Dolayısıyla Anayasa’da yer alan bu hak, kendi geleceğini belirleme hakkı açısından Türk hukukunda da bir dayanak olarak kabul edilebilecek ve kişilerin pek çok konuda kendi geleceklerini etkileyen kararlar almasında hukuki gerekçe olarak ifade edilebilecektir.

Çocuklar açısından kendi geleceğini belirleme hakkının temelinde ise çocuk katılımı yer almaktadır. Çocuğun görüşünün alınması ilkesi olarak da adlandırılan bu ilke sayesinde çocuk kendisini ilgilendiren konularda yaşı ve olgunluk derecesi değerlendirilerek fikrini ifade edebilecektir. Çalışmanın ilgili kısımlarında açıklandığı üzere hem uluslararası sözleşmeler hem de iç hukuk sisteminde korunan bu ilkeler, çocukla ilgili kararların alınmasında tek söz sahibinin velayetten kaynaklanan yetkiler kapsamında ebeveynlere ait olmadığına da altını çizmektedir. Elbette ki burada dikkatle incelenmesi gereken husus, çocuğun yaşının ve olgunluk seviyesinin tespitidir. Yaşa ilişkin bir alt sınırın belirlenmemiş olması kanımızca isabetlidir zira her bir çocuk kendine özgüdür ve mutlaka somut olayda çocuğun olayla bağlantılı olarak uzmanlarca değerlendirilmesi ve kendisi hakkında alınacak kararlarda katılma hakkını kullanıp kullanamayacağı belirlenmelidir. Tek bir yaş sınırı kategorik olarak kabul edilmemelidir.

Zira yalnızca yaş, çocuğun belirli bir olgunluğa eriştiğini de her zaman göstermez. Olgun küçük doktrini de bu açıdan ele alınabilecek bir görüştür ve esasında aynı sonuca hizmet etmektedir. Genellikle 12-13 yaş aralığındaki çocukların artık kendilerine ilişkin konularda karar verebilme konusunda belirli bir olgunluğa eriştikleri yaş olarak kabul edilse de önemli olan somut olayın özellikleri çerçevesinde çocuğun bunu algılama biçimidir. Dolayısıyla çocuk gelişimi konusundaki uzmanlarla bu konuda bir iş birliği yapmak en doğrusu olacaktır.

Çocuklar fiziksel ve zihinsel gelişim aşamalarına göre, vücutları üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler açısından karar verme süreçlerinde farklılık gösterebilirler. Çocuğun fiziksel ve zihinsel gelişimi ilerledikçe katılım haklarını kullanmaları daha mümkün olacaktır. Bununla birlikte, çocukların henüz 18 yaşından küçük olmaları nedeniyle velayet altında bulunmaları ve fiil ehliyetini haiz olmadıkları dikkate alındığında, verecekleri kararlarda ebeveynlerinin izninin de alınması gerekmektedir. Zira TMK’da yer alan velayete ilişkin hükümler bunu gerektirmektedir. Çocuğun üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler çerçevesinde durum ele alındığında, bu durumun paternalizmin kabulü şeklinde değerlendirilmemesi gerekmektedir. Uluslararası metinler ve iç hukukta kabul edilen çocuğun üstün yararı ilkesi her zaman dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla çocuğun vücut bütünlüğünün ve özgür irade hakkının tamamen göz ardı edilerek tek sözün ebeveyn tarafından söylenmesi mümkün değildir. Önemli olan çocuğun gelişim süreçlerine saygı gösterilmesi, yaşına ve olgunluk seviyesine göre kendileri hakkında alınacak tıbbi müdahaleye ilişkin kararlarda kendi görüşlerini açıklamalarına imkân sağlanmasıdır.

Bu kapsamda, çocuğun üstün yararı ilkesi ile velayetin karşılaştırılması da önemlidir. Zira her iki kurum arasında bir çatışma olduğunda hangisinin öncelikli olarak

kabul edilmesi gerektiği konusu çocuğun vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahalelerde tartışma konusu olmuştur. Velayetin geçici olması ve çocuğun haklarını koruma amacıyla yani bu anlamda bir araç olarak kullanıldığı düşünüldüğünde, bir hak olmaktan ziyade bir yetki ve sorumluluk olduğunun kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla çocuğun üstün yararı ile ebeveynin velayetten kaynaklanan yetkileri arasında bir çatışma olduğunda, çocuğun korunması amacıyla çocuğun üstün yararının önceliklenmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz. Örneğin Yehova Şahitleri açısından durum ele alındığında, çocukları üzerinde gerçekleştirilerek tıbbi müdahaleleri kabul etmemeleri veya kan nakline izin vermemeleri durumunda çocuğun hayatını kaybetmesi söz konusuysa, bu durumda çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde çocuğu koruyucu önlemlerin alınması doğru olacaktır. Zira söz konusu durumda ebeveynin din ve inanç özgürlüğü ile çocuğun yaşam hakkı arasında bir tartım yapılması gerekecektir ki kanaatimizce yaşam hakkını burada daha üstün tutmak gerekmektedir. Hatta tam tersi durumlarda, yani din ve inanç özgürlüğünün tıbbi müdahaleye engel teşkil etmesi ve çocuğun üstün yararı yerine din ve inanç özgürlüğüne öncelik verilmesi durumunda tıbbi ihmalden ve hatta TCK kapsamında ceza sorumluluğundan da bahsedilmesi söz konusu olacaktır. Buradaki ceza sorumluluğu, elbette ki ortaya çıkacak netice açısından değerlendirilecek ve hem müdahaleyi gerçekleştirmeyen sağlık çalışanları hem de ebeveynin cezalandırılması, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak, ihtimal dahilinde olabilecektir. Bu gibi hallerde TCK'nın 83. maddesinde yer alan “Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” fiili veya 88. maddesinde yer alan “Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi” suçlarının oluşmasına ilişkin somut olaya göre değerlendirme yapılabilecektir. Ayrıca ebeveyn açısından TCK'nın 232. maddesinde yer alan “Kötü muamele” ve 233. maddesinde yer alan “Aile hukukundan kaynaklanan

yükümlülüğün ihlali” suçlarının oluşması da mümkündür. Çocuğun belirli bir zihinsel ve fiziki olgunluğa erişmesi neticesinde katılma hakkını kullanarak dini gerekçelerle kendisinin de tedaviyi reddetmesi durumunda ise kanaatimizce çocuğun yaşı ve söz konusu dini inancı benimsemesinin ardında yatan gerekçeler önemlidir. Çocuğun bu inancı bilinçli bir şekilde tercih etmesiyle yalnızca ailesinin ona öğrettiği kuralları benimsemesi arasında fark vardır. Ancak burada konunun uzmanı olan kişilerden destek alarak çocuğun durumun belirlenmesi ve çocuğun korunmaya muhtaç olup olmadığına karar vererek tedaviyi buna göre şekillendirmek daha doğru olacaktır.

Bunların yanında, bir istismar nedeni olarak kabul edilen “Munchausen by Proxy” sendromu açısından da değerlendirme yapmak gerekirse, özellikle ebeveyn tarafından hasta olduğu yönünde açıklamalar yapılarak çocuğun hastanede tedavi altına alınmasına neden olmak ve hatta bazen yanlış tedavilerle çocuğun yaralanması veya ölmesine neden olunması durumunda da ceza sorumluluğunun ele alınması önem teşkil etmektedir. Her ne kadar hekimin veya sağlık çalışanlarının mesleki olarak bir yükümlülüğü bulunsada kendini ifade edemeyecek kadar küçük çocuklar ve bebekler açısından ebeveynin açıkladıkları doğrultusunda tedavi sağlamaları söz konusudur. Dolayısıyla burada öncelikli olarak ebeveynin ceza sorumluluğuna gidilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, TCK’nın 232. maddesinde yer alan “Kötü muamele” ve 233. maddesinde yer alan “Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali” suçlarının burada da uygulama alanı bulması mümkün olacaktır. Ayrıca eğer ebeveynin sırf çocuğunu hastaneye götürmek amacıyla zarar vermesi söz konusuysa, TCK’nın 86. maddesinde yer alan “Kasten yaralama” ve 87. maddesinde yer alan “Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama” suçlarından cezalandırılması mümkün olabilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, ebeveyn tarafından gerçekleştirilen fiillerin niteliğidir. Zira kötü muamele fiili ile

kasten yaralama fiillerini ayıran bazı önemli noktalar bulunmaktadır ve dolayısıyla somut olay çerçevesinde dikkatli bir araştırmanın yapılması gerekmektedir.

Çalışmada çocuğun vücudu üzerinde gerçekleştirilen ve bazıları son zamanlarda gündemi meşgul eden, bazıları ise halen tartışmalı olan müdahalelerin incelenmesi yönünde bir tercih yapılmıştır. İlk olarak çocukluk dönemi aşıları ve topuk kanı testini ele almak gerekirse, bu müdahaleler son dönemlerde özellikle aşı karşıtları açısından gündeme getirilmiştir. Bazı aileler çocuklarına bebeklik dönemi aşılarını yaptırmayı reddetmektedirler. Anayasa Mahkemesi’ne de taşınan söz konusu durumlarda, Mahkeme genellikle aşı ve topuk kanı uygulamasının hukuki dayanağı açısından konuyu ele almış ancak çocuğun üstün yararını değerlendirmemiştir. Dolayısıyla da çocukluk dönemi aşılarının hukuki dayanağının olmadığını, bununla birlikte topuk kanı uygulamasının kanunda açıkça yazılması nedeniyle hukuka uygun olduğu yönünde karar vermiştir. İlgili kısımda da açıklandığı üzere, her iki uygulama da aslında çocuğun üstün yararı açısından ayrıca değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, çocuğun gelecekteki sağlığının korunması için bu uygulamaların yapılması gerekliliği tıbben de kanıtlanmış olduğundan çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde düşünüldüğünde velayetten üstün tutularak uygulamaların gerçekleştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi durumda TCK’nın 232. maddesinde yer alan “Kötü muamele” ve 233. maddesinde yer alan “Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali” suçlarının söz konusu olması mümkündür.

Cinsiyet gelişim farklılıkları açısından ise özellikle interseksizm durumunda çocuğun henüz yeni doğmasından itibaren bazı cinsel organ farklılıkları nedeniyle cinsiyet tercihinin yapılabilmesine olanak veren bir durum söz konusudur. İlgili başlıkta açıklandığı üzere, bu gibi hallerde bebeğin cinsiyeti yalnızca cinsel organa bakılarak kız veya erkek olarak belirlenememektedir. Tıbbi müdahalenin zorunlu olduğu durumlarda,

yani çocuğun hayatını sürdürebilmesi için müdahale yapılmasının gerekli olduğu hallerde cinsiyet seçiminin aileye bırakılmaması gerektiği, burada da çocuğun üstün yararı çerçevesinde en az acı veren ve en az müdahaleyle cerrahi işlemin gerçekleştirilerek cinsiyetin belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Tıbbi müdahalenin zorunlu olmadığı durumlarda ise, sırf estetik kaygı güdülererek veya çocuğun nüfus kaydında ve sosyal hayatında sorun yaşamaması için iki cinsiyetten birinin seçilmesinin ise yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Zira çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkı açısından önemli bir durum teşkil eden interseksizm ve bu kapsamdaki cerrahi müdahalelerin, bu gibi hallerde çocuğun belli bir yaşa gelip gerekli psikolojik desteği aldıktan ve 18 yaşını doldurduktan sonra karar verebileceği zamana kadar ertelenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Cinsiyet disforisi konusunda ise cinsiyet değişikliği için gerekli yaş olan 18 yaşın doldurulmasına kadar herhangi bir tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmemesi ancak bu süreçte çocuğun izlenmesi ve gerekli psikolojik desteğin verilmesi, çocuğun kararını 18 yaşını doldurduktan sonra açıklaması gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi durumda, yani cerrahi müdahalenin bir tıbbi zorunluluk olmadan ve çocuk henüz 18 yaşını doldurmadan gerçekleştirilmesi halinde ebeveynin rızasının geçerli olmayacağı; özellikle yeni doğanlarda tıbbi müdahale zorunluluğu olmaksızın cinsiyet tercihi yapılmasının hem aileyi hem de müdahaleyi gerçekleştirenleri sorumluluk altına sokacağı kanaatindeyiz. Bu gibi hallerde, TCK'nın 86. maddesinde düzenlenen “kasten yaralama” suçu ve ortaya çıkacak neticeye göre TCK'nın 87. maddesinde yer alan “neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama” suçu oluşabilecektir.

Sünnet uygulaması özellikle Türkiye’de sıkça gerçekleştirilen ve hukukiliği sorgulanmayan bir uygulama niteliğindedir. Çocuk yaşta erkek çocuklarına yapılan sünnet uygulaması kültürel veya dini inançların bir sonucu olarak uygulanmaktadır ancak

çocuğun vücut bütünlüğüne yönelik ciddi müdahale niteliğinde olması genellikle tartışılmamaktadır. Sünnetin hukuka uygunluğunu sosyal uygunluk teorisi açıklanmakla birlikte Türk hukukunda sünnet uygulaması için hekimlere yetki verilmesi de hukuka uygun bir müdahale olarak kabul edilmesine neden olmaktadır. Ayrıca sosyal açıdan kabul edilen ve hatta gerçekleştirilmediğinde çocuğun dışlanmasına dahi neden olabileceği öne sürülerek meşrulaştırılma yolu tercih edilmiştir. Kanaatimizce sünnet uygulaması, çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkı ve vücut bütünlüğü açısından kasten yaralama fiilinin oluşmasına neden olmaktadır. Zira hiçbir tıbbi zorunluluk olmaksızın sırf dini veya sosyal gerekçelerle bir yaralama eyleminin hukuka uygun hale getirilmesi, çocuğun çok küçük yaşlarda bu müdahaleye maruz bırakılması ve gelecekteki dini inancı ya da görüşlerinin hiçe sayılması, çocuğun üstün yararı ilkesinin yok sayılmasına yol açmaktadır. Kadının genital sakatlanması olarak adlandırılan kadın sünnetinin ise Türkiye’de kabul edilen bir müdahale olmadığı aşîkardır. Zira burada da kültürel veya dini gerekçelerle kız çocuklarının cinsel organlarında çeşitli yaralama eylemleri gerçekleştirilmektedir ve genellikle Afrika toplumlarında rastlanan bir uygulamadır. Ancak Türkiye’ye yönelik Afrika kıtasından gelen göçler ve İslamiyet açısından da kadın sünneti uygulamasının dillendirilmesi, bu konudaki endişeleri artırmaktadır. İstanbul Sözleşmesi’nde de yasaklanan eylemlerden biri olan kadın sünnetinin kasten yaralama eylemini oluşturduğu muhakkaktır ve bu uygulamanın önlenmesine ilişkin olarak devlete büyük bir iş düşmekte, özellikle bu konu üzerine eğitim ve bilinçlendirme çalışmalarının yapılması gerekmektedir.

Genital muayene özellikle bekaret kontrolü ve kızlık zarı dikimi açısından çalışmada ele alınmıştır. Dolayısıyla buradaki genital muayene, cinsel organların muayenesi şeklinde kullanıldığından çocukların bekaret kontrolü için hekim kontrolüne

götürülmeleri veya kızlık zarı dikimi için genç kızların bu tür operasyonlara alınması konusu da dikkat çekmektedir. Bekaret kontrolünün genellikle aileler tarafından yaptırılması söz konusudur ve bu hallerde hekimin de yetkili hakim veya savcı kararı olmaksızın bu muayeneyi yapması durumunda TCK'nın 287. maddesinde yer alan "Genital muayene" suçundan dolayı cezalandırılması söz konusu olacaktır. Ailenin çocuğunu muayeneye götürmesi veya göndermesi halinde ise aynı hüküm onlar için de uygulama alanı bulacaktır. Kanaatimizce götürmek eylemi de bu kapsamda kabul edilmeli ve "götürmek" eyleminin de maddeye eklenmesi gerekmektedir. Ayrıca genital muayenenin tıbbi müdahalelerde bulunması gereken şartların dışında gerçekleştirilmesi durumunda, hakim ve savcı kararı olsa dahi hekimin ceza sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Son olarak, ne kadar adliye karşı suçlar arasında düzenlenmiş olsa da genital muayene suçunun bireyin cinsel özgürlüğüne ve özel hayatına müdahale niteliğinde olduğunu düşünmekteyiz. Korunması amaçlanan hukuki değer kapsamında durum ele alındığında da suçun adliye karşı suçlar değil kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kızlık zarı dikimi ise genellikle estetik müdahale olarak kabul edilmekle birlikte çocuklar üzerinde estetik müdahale yapılmasının hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır. Velayet kapsamında da sırf estetik amaçlarla bu uygulamanın gerçekleştirilmesine rıza gösterilmesi mümkün değildir. Zira burada çocuğun üstün yararının uygulama alanı bulacağı bir durum söz konusu değildir. Çocuk kimi zaman bu müdahalenin anlam ve sonuçlarını dahi algılayacak bir yaşta veya olgunlukta olmayabilir. Bu nedenle, çocuğun rızası eylemi uygun hale getirmeyeceği gibi ebeveynin rızasıyla da bu tür işlemlerin yapılmasının hukuka uygun olmadığı ve ceza sorumluluğunu gerektirdiği kanaatindeyiz.

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin müdahalelerde önemli olan, rızanın yaştan ziyade çocuğun kendisine uygulanacak tıbbi müdahalenin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilmesidir. Bu kapsamda medeni hukuk açısından fiil ehliyetine sahip olup olmadığına bakılmadığı gibi, mümkün olduğunca çocuğun müdahalenin sonuçlarına dair aydınlatılmış olması gerekmektedir. Zira bu müdahalede çocuğun rızası diğerlerine göre daha fazla önem taşımaktadır. Eğer çocuk müdahalenin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda değilse, bu durumda yasal temsilcisinin kararına göre hareket edilmesi mümkündür. Ancak yasal temsilci de rıza göstermiyorsa, çocuğun üstün yararı ilkesi de dikkate alınarak bir sonuca ulaşılmalıdır. Şartlara uyulmaması durumunda ise TCK'nın 99. maddesi kapsamında “Çocuk düşürtme” fiilinden dolayı ceza sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Son olarak TCK'nın 232. maddesinde düzenlenen “Kötü muamele” ve 233. maddesinde düzenlenen “Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali” suçlarında da ebeveynin ceza sorumluluğunun söz konusu olabileceği kabul edilmelidir. Yukarıda da açıklandığı üzere, çocukluk dönemi aşıları, topuk kanı uygulaması, “Munchausen by Proxy” sendromunda ortaya çıkan sorunlar gibi halleri TCK'nın bu maddelerinin uygulama alanı bulabileceği durumları yaratabilecektir. Bununla birlikte, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün suçu açısından önerimiz şudur ki; 1. fıkra da yer alan suçun şikayete bağlı olması, suçla korunması amaçlanan hukuki yarar açısından çelişki göstermektedir. Çocuğun yararının korunmasının amaçlandığı bu suçta şikayet şartının kaldırılması yerinde olacaktır. 3. fıkra açısından bir değerlendirme yaptığımızda ise maddede sayılan ahlak, güvenlik ve sağlığın tehlikeye sokulması şartında “veya” bağlacının kullanılması daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Zira mevcut durumda,

çocuğun yalnızca sağlığının tehlikeye sokulması halinde bu suçun uygulanabilmesi kanunilik ilkesi ve maddenin lafzı açısından mümkün olamayacaktır.

Tüm bunlar ışığında söylenebilir ki, çocuğun vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerde öncelikli olan çocuğun üstün yararıdır. Eğer çocuk gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek yaş ve durumdaysa, çocuğun anlayabileceği şekilde ve düzeyde müdahalenin yöntemi ve sonuçları konusunda aydınlatılması gerekmekte ve bu sayede çocuğun katılım hakkını kullanarak kendisi hakkında verilecek kararlara katılması sağlanabilecektir. Öte yandan çocuğun henüz bu aşamaya gelmemiş yani gerçekleştirilen müdahalenin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek bir yaşa veya olgunluğa erişmemiş olması halinde ise, tıbbi müdahalenin yapılması bir zorunluluk içermiyorsa ve mümkünse müdahalenin bu yaşa kadar ertelenmesinin yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Örneğin sünnet uygulaması, interseksizm, cinsiyet disforisi gibi durumlarda bahsedilen ihtimaller yoksa çocuğun anlayabileceği ve kendi geleceği hakkında karar verebileceği yaşa kadar yani 18 yaşına kadar beklenmesi gerekmektedir. Zorunluluk içeren durumlarda ise mümkün olduğunca çocuğun üstün yararı gözetilerek karar alınmalı, çocuğun gelecekte kendisine yapılan bu tıbbi müdahalelerden dolayı kendi kararını veremeyecek bir konumda kalmasına neden olunmamalıdır. Çocuk, anne-babanın bir parçası değil ayrı bir bireydir. Dolayısıyla ebeveynlerin kendi yaşayışlarına, inançlarına, sosyal durumlarına göre çocukları üzerinde gerçekleştirilecek müdahalelere izin verilmemeli, mutlaka çocuğun yararı öncelikli olarak gözetilmeli, hukuk kurallarının bu doğrultuda gözden geçirilmesi ve mevcut kuralların uygulanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- AKILLIOĞLU, Tekin: İnsan Hakları – I – Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 17, Ankara 1995.
- AKIN, İlhan F.: Temel Hak ve Özgürlükler, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 22. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2020.
- AKKAY, Erdem: “Ülkemizde Kızlık Zarı ve Adli Tıp Sorunları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 48(1-4), 1983, s. 325-333.
- AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 70(1), 2012, s. 19–38.
- AKSOY RETORNAZ, Eylem: Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali, Özel Ceza Hukuku Cilt VII, Genel Ahlak Karşı Suçlar ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- AKSU, M. Feridun/ORAL, Engin: “Kadın Dış Genital Organına Uygulanan Kısıtlayıcı Tahripkar Sünnet Şekilleri (Bir Üreme Sağlığı Sorunu): Olgu Sunumu”, Cerrahpaşa Tıp Dergisi, 29(2), 1998, <https://cerahpasamedj.org/Content/files/sayilar/131/131-718.pdf>
- AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku – Çocukların Hakları ve Korunması, 6. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2018.

- ALACAKAPTAN, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 263, Ankara 1970.
- ALGAN, Müberra: Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- ANDROUTSOS, George: “Hermaphroditism in Greek and Roman Antiquity”, Hormones, 5(3), 2006, s. 214-217.
- ARAZ, Yahya: 16. Yüzyıldan 19. Yüzyıl Başlarına Osmanlı Toplumunda Çocuk Olmak, Kitap Yayınevi, İstanbul 2013.
- ARIÈS, Philippe: Centuries of Childhood: A Social History of Family Life, Alfred A. Knopf, New York 1962.
- ARİFOĞLU, Yasin: Her Yönüyle Anatomi, 3. Baskı, İstanbul Tıp Kitabevleri, İstanbul 2021.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- ATAAY, Aytekin: “Vücut (Beden) ve Cesed Üzerindeki Hak”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20, 1996, s. 25-29.
- ATAŞ, Utku: “Zarar İlkesi Üzerine: Üç Temel Eleştiriye Tartışmak”, Kaygı - Bursa Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, 23(1), (2024), s. 68-93.
- ATİLA DEMİR, Sevim: “Çocukluğun Sosyolojik Serüveni ve Toplumsal Kabulü”, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (AKSOS), (11), 2022, s. 53-72.
- AVNİOĞLU, Seda: “İnsan” Anatomi, (Ed.: Davut ÖZBAĞ), 2. Baskı, İstanbul Tıp Kitabevleri, İstanbul 2021.

- AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşin: Kişiler Hukuku, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- AYAN, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Kitap Ticaret A. Ş., Ankara 1991.
- AYDIN, Emirhan/KARAASLAN, Reşit “Genital Muayene Suçu (TCK m. 287), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 2024, s. 1-32.
- AYDIN, Erdem: Tıp Etiğine Giriş, Pegem A Yayınevi, Ankara, 2001. (Tıp Etiği)
- AYDIN, Mehmet Akif: Türk Hukuk Tarihi, 16. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2019. (Türk Hukuk Tarihi)
- AYDOĞMUŞ ÖRDEM, Özlem: “Türkiye’de Çocukluk Sosyolojisi”, OPUS International Journal of Society Researches, 16(31), 2020, s. 4469-4492. <https://doi.org/10.26466/opus.727041>
- AYGÜN, Erhan/TORTOP, Hasan Said: “Ebeveynlerin Aşı Tereddüt Düzeylerinin ve Karşıtlık Nedenlerinin İncelenmesi”, The Journal of Current Pediatrics, 18(3), 2020, s. 300-316. doi: [10.4274/jcp.2020.0028](https://doi.org/10.4274/jcp.2020.0028)
- AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman: Kötü Muamele, Özel Ceza Hukuku Cilt VII, Genel Ahlak Karşı Suçlar ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- AZ, Adem/KARAMAN, Muhammet İhsan: “Çocukluk ve Ergenlikte Cinsiyet Disforisi: Güncel Yaklaşımlar ve Etik Sorunlar”, Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi, 28(3), 2023, s. 433-440.
- BADUR, Emel: Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023. (Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması)

- BADUR, Emel: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017. (Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller)
- BAĞÇECİ, Hamide: Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- BAKTİR ÇETİNER, Selma: Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- BANACH, Mary. “The Best Interests of the Child: Decision-Making Factors. Families in Society”, The Journal of Contemporary Social Services, 79(3), 1998, 331–340.
- BARINA, Rachelle/BISHOP, Jeffrey P.: “Maturing the Minor, Marginalizing the Family: On the Social Construction of the Mature Minor” Journal of Medicine and Philosophy, (38), 2013, s. 300–314.
- BAŞ, Eylem: Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- BAYRAK, Rabia/ÜNSAL, Ayla: “Yenidoğan Topuk Kanı Taraması İşlem Basamakları ve Görev Alan Sağlık Çalışanları”, Türkiye Sağlık Bilimleri ve Araştırmaları Dergisi, 5(2), 2022, s. 60-68.
- BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1972.
- BEAUCHAMP, Tom L./CHILDRESS, James F.: Principles of Biomedical Ethics, 8th Edition, Oxford University Press, 2019.
- BELGESAY, Mustafa Reşit: Tıbbi Mesuliyet: Esaslar-Tipik Vakıalar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1953.
- BİLGİN, Nuri: Sosyal Psikoloji Sözlüğü – Kavramlar, Yaklaşımlar, 3. Baskı, Bağlam Yayıncılık, İstanbul 2016.

- BİRTEK, Fatih: “Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir- Bilinçli Taksir Ayırımı (Komplikasyon - İzin Verilen Risk Ayırımı Bağlamında)”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(1), 2015, s. 63-106.
- BİTON SERDAROĞLU, Erika: “Ötanazi – Ölme Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s. 463-491.
- BOZKURT, Enver: “İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s. 13-17.
- BUDAK, Selçuk: Psikoloji Sözlüğü, 3. Baskı, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 2005.
- BUMKE, Christian/VOSSKUHL, Andreas: German Constitutional Law: Introduction, Cases and Principles, Oxford University Press, Oxford 2019.
- CANDAN, Büşra: “İnsan” Anatomi (Ed. Davut ÖZBAĞ), 2. Baskı, İstanbul Tıp Kitabevleri, İstanbul 2021.
- CANTÜRK, Gürol/CANTÜRK, Nergis: “Cinsel Saldırı Mağdurlarının Muayene Prosedürü”, Türkiye Klinikleri J Surg. Med. Sci., 2(50), 2006, s. 49-55.
- CELBİS, Osman/KARACA, Mehmet/ÖZDEMİR, Bora/BARANSEL ISIR, Aysun: “Cinsel Suçlarda Muayene”, Harran Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 1(4), 2004, s. 48-52.
- CENTEL Nur/ZAFER, Hamide/YENERER ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı Suçlar, 4. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2017. (Kişilere Karşı Suçlar)
- CENTEL Nur/ZAFER, Hamide/YENERER ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2017. (Türk Ceza Hukukuna Giriş)
- CEVİZCİ, Ahmet: Felsefe Tarihi, 5. Baskı, Say Yayınları, İstanbul 2015. (Felsefe Tarihi)

- CEVİZCİ, Ahmet: Paradigma Felsefe Terimleri Sözlüğü, Paradigma Yayınları, İstanbul 2000. (Sözlük).
- CİN, Halil: İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 341, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1974.
- CİRİNLIOĞLU, Fatma Gül: Çocuk Gelişimi ve Ruh Sağlığı, Nobel Yayıncılık, Ankara 2015.
- CLARKE, Steve/GIUBILINI, Alberto/WALKER, Mary Jean: “Conscientious Objection to Vaccination”, Bioethics, 31(3), 2017, s. 155-161, <https://10.1111/bioe.12326>
- COLEMAN, Doriane Lambelet – ROSOFF, Philip M.: “The Legal Authority of Mature Minors to Consent to General Medical Treatment”. PEDIATRICS, 131(4), 2013, s. 786-793. <https://doi:10.1542/peds.2012-2470>
- CONLY, Sarah: Against Autonomy – Justifying Coercive Paternalism, Cambridge University Press, Cambridge 2013.
- COOK, R. J./DICKENS, B. M./FATHALLA, M. F., “Üreme Sağlığında Etik Sorunlar Kadın Sünneti (Sakatlama/Sünnet): Etik ve Hukuki Boyutlar”, (Çev. Mustafa Erçakıca), Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(4), 2016, s. 111-121.
- CORSARO, William A.: The Sociology of Childhood, 5th Edition, Sage Publications, Los Angeles 2018.
- CRISSMAN, Halley P./WARNER, Lauren/GARDNER, Melissa/CARR, Meagan/SCHAST, Aileen/QUITTNER, Alexandra/KOGAN, Barry/SANDBERG, David E., “Children With Disorders of Sex Development: A Qualitative Study of Early Parental Experience”, International Journal of Pediatric Endocrinology, 1(10), 2011, s. 1-11, <https://doi.org/10.1186/1687-9856-2011-10>

- CULOTTA, Paige/THACKERAY, Jonathan, “Medical Child Abuse”, Child Abuse: Medical Diagnosis and Management, (Ed. Antoinette Laskey, Andrew Sirotnek), 4th Edition, American Academy of Pediatrics, Illinois 2020, s. 673-701.
- ÇAKIRCA, Seda İrem: “Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarının Velayet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 80(4), 2022, s. 1105 – 1138.
- ÇETİNKAYA, M. Buhari: Türk ve Fransız Ceza Hukukunda Kanunun Hükmünü Yerine Getirme, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt: Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- DALASLAN, Bekir Levent: Zorunlu Aşı Uygulamasının Velayet Kapsamında Değerlendirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- DANIŞMEND, Nur: “Cinsiyet Farklılaşma Bozuklukları (İnterseks)”, Türkiye Klinikleri Üroloji – Çocuk Ürolojisi Özel Sayısı, 3(2), 2010, s. 142-146.
- DEDE, Emine: Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- DEMİREL, Muhammed: “Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(3), 2020, s. 1469-1523.
- DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşegül/ŞAYLIGİL ELÇİOĞLU, Ömür: Tıp Etiği Işığında Hasta ve Hekim Hakları, Türkiye Klinikleri, Ankara 2000.
- DERYAL, Yahya: Sağlık Hukuku Problemleri, Seçkin Yayıncılık, 2012, Ankara.

- DİKMEN ÖZARSLAN, Aylin: “Childism (Çocuk Düşmanlığı / Çocukizm) Kavramı ve Covid-19 Pandemisinin Bu Bağlamda Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 25(2), 2023, s. 816-843.
- DOĞANCA, Tünkut/ÖNAL, Bülent: “Sünnet”, Türkiye Klinikleri Üroloji – Çocuk Ürolojisi Özel Sayısı, 3(2), 2010, s. 126-127.
- DOĞRAMACI, Yakup Gökhan/ERKOL, Zehra Zerrin: “Çocuklarda Kan Naklinin Reddi: Yehova Şahitleri Olgu Örnekleri” TıpHD, (10), 2016, s. 255-300.
- DOĞRAMACI, Yakup Gökhan: Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği ve Güven İlkesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.
- DOKGÖZ, Halis/ŞAM, Bülent/ERSOY, Gökhan/MÜSELLİM, Nurşen Turan: “Ölümle Sonuçlanan Çocuk İhmali: Bir Olgu Sunumu”, Adli Tıp Bülteni, 7(3), 2002, s. 105-108.
- DÖNMEZ, Burcu: “TCK’da Çocuk Düşürme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, DEÜHFD, C:9, S:2, 2007, s. 99-142.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2019.
- DÖNMEZER, Sulhi: “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 9(3-4), 1944, s. 473-494. (İhmal)
- DÖNMEZER, Sulhi: “Talep Üzerine Öldürme ve Şifa Verme Maksudı Dışında Yapılan Cerrahi Ameliyeler”, Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası, (6), 1949, s. 242-253. (Talep Üzerine Öldürme)
- DUGUIT, Leon: Kamu Hukuku Dersleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, (Çev. Süheyp DERBİL), Ankara 1954.

- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- DÜLGER, İbrahim: “Genital Muayene Suçu (TCK. Madde 287)”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 2008, s. 45-70.
- DÜZENLİ, Hilal: Ceza Hukukunda Güven İlkesi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2022.
- DWORKIN, Gerald: Conceptual Issues, <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/> (Conceptual Issues)
- DWORKIN, Gerald: Paternalism, Stanford Encyclopedia of Philosophy, (First published November 2002; substantive revision September 2020), <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/> (Paternalism)
- DWORKIN, Gerald: The Theory and Practice of Autonomy, Cambridge University Press, New York 1997. (Autonomy).
- DWORKIN, Ronald: Life’s Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom, Alfred A. Knopf, New York 1993. (Life’s Dominion)
- EGGER, A: Medeni Kanun Şerhi: Aile Hukuku (Çev. Tahir ÇAĞA), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 1949.
- EKİCİ ŞAHİN, Meral: Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- EKİNCİ, Ayşegül: Kızlık Zarı Dikiminin Tıp Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2021. (Kızlık Zarı)

- EKİNCİ, Ekrem Buğra: Osmanlı Hukuku-Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2008. (Osmanlı Hukuku)
- EKİZ, Serkan: “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Katılım Hakkı”, İzmir Barosu Dergisi, 86(2), 2021, s.193-232.
- EMRE Özge/SERT, Gürkan: “Avrupa Hasta Hakları Şartı”, Türkiye Biyoetik Dergisi, 1(4), 2014, s. 198-205.
- ERBAY, İsmail: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medeni Hukukundaki Velâyet Hakkının Kaldırılması (TMK.M.348) Hükümlerinin Değerlendirilmesi” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 2016, s. 11-61.
- ERDİLLER-YATMAZ, Zeynep Berna/ERDEMİR, Ersoy/ERBİL, Fetiye: “Okulöncesi Öğretmen Adaylarının Bakış Açısından: Neden Öğretmenliği Seçtiler ve Nasıl Çocuk/Çocukluk Algıları Var” Kuramsal Eğitimbilim Dergisi, 12(1), 2018, s. 316-341.
- EREN, Abdurrahman: “Türk Hukukunda Vicdani Red”, A.Ü.S.B.F. Dergisi, 61(3), 2006, s. 103-130. (Vicdani Red)
- EREN, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023. (Anayasa Hukuku)
- ERMAN, Barış: Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- EROĞLU, Fulya: “Genital Muayene Suçları (TCK m. 287), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - Köksal BAYRAKTAR’a Armağan, 1, 2010, s. 1127-1142.

- ERSOY, Yüksel: “Tıbbî Hatanın Hukukî ve Cezaî Sonuçları”, TBB Dergisi, (53), 2004, s. 161-190.
- ESCHELBACH, Ralf/Franz, Matthias/Scheinfeld, Jörg: “Parlamento Sünnet Kanununu Yürürlükten Kaldırmak Yükümlülüğü Altındadır (Köln Sünnet Kararı ve Parlamentonun Koruma Yükümlülüğüne İlişkin)” (Çev. Yener Ünver), Rechtsbrücke | Hukuk Köprüsü, (12), 2017, s. 43-49.
- EŞİYOK, Burcu/Hancı, İ. Hamit: “Yapay Bozukluk: Munchausen Sendromu”, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, 10(9), 2001, s. 326-327.
- FEINBERG, Joel: Harm to Self – The Moral Limits of the Criminal Law, Oxford University Press, Oxford 1986.
- GANDER, Mary J./GARDINER, Harry W.: Çocuk ve Ergen Gelişimi (Çev. Ali Dönmez, H. Nermin Çelen, Yayına Haz. Bekir Onur), 8. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2015.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Çocuk Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- GÖREN, Zafer: “Çocuğun Temel Hakları”, ss. 113-176, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6347/zgoren.pdf>
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2020.
- GRASSINGER, Gülçin Elçin: Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.

- GRILL, Kalle: “Paternalism Towards Children”, The Routledge Handbook of the Philosophy of Childhood and Children (Ed. Anca GHEAUS, Gideon CALDER, Jurgen DE WISPELAERE), Routledge (Taylor Francis Group), London 2019, s. 123-133.
- GÜÇLÜ, Sevinç: “Çocukluk ve Çocukluğun Sosyolojisi Bağlamında Çocuk Hakları”, Sosyoloj Dergisi, Armağan Sayısı, 2016, s. 1-22.
- GÜLGEÇ, Yahya Berkol: “Özne, Hukuk ve Hak”, AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 28(2), 2024, s. 429-453.
- GÜLŞEN, Recep: “Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi”, in: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No. 142, Ankara 2008, s. 1209-1228.
- GÜNEŞ PESCHKE, Selda: Roma Hukukundan Günümüze Kişilik Haklarının Korunması (Iniuria), Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- GÜNEY TUNALI, Işıl: Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- GÜNGÖR, Hasan Atilla: “Anayasa Mahkemesi’nin Topuk Kanı Testi ve Zorunlu Aşılama Uygulamaları Hakkındaki Kararlarına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme”, Fasikül Hukuk Dergisi, 10(100), 2018, s. 395-400.
- GÜRELLİ, Nevzat: “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 45(1-4), 1981, s.267-275.
- GÜVEL, Sezgin: “Kadın ve Erkek Genital Anatomisindeki Benzerlikler”
https://jag.journalagent.com/androloji/pdfs/AND_15_52_57_61.pdf
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Basım, US-A Yayıncılık, Ankara 2021. (Genel Hükümler)

HAKERİ, Hakan: “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, TBB Dergisi, 69, 2007, s. 55-

96. (Önemsiz Hareketler)

HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara

2022. (Genel Hükümler)

HAKERİ, Hakan: Tıp Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021. (Tıp Ceza

Hukuku)

HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku Cilt I Genel Hükümler, 23. Baskı, Seçkin Yayıncılık,

Ankara 2021. (Tıp Hukuku Cilt I)

HANÇERLİOĞLU, Orhan: Felsefe Sözlüğü, 20. Basım, Remzi Kitabevi, 2012.

HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, 8. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017.

<http://ihuam.ankara.edu.tr>

<http://www.nurs.uoa.gr>

<http://www.un-documents.net>

<http://www.un-documents.net>

<https://asi.saglik.gov.tr>

<https://dosyasb.saglik.gov.tr>

<https://hastahakki.org>

<https://inhak.adalet.gov.tr>

<https://insanhaklariizleme.org>

<https://istabip.org.tr>

<https://karararama.yargitay.gov.tr>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

<https://sbu.saglik.gov.tr>

<https://teyit.org>

<https://www.aa.com.tr>

<https://www.bbc.com>

<https://www.cetad.org.tr>

<https://www.evrensel.net>

<https://www.gesetze-im-internet.de>

<https://www.healthcareethicsandlaw.co.uk>

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.ttb.org.tr>

<https://www.unicef.org>

<https://www.wma.net>

İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2017.

İKİİŞİK, Hatice: “Ebeveynlerin Aşı Kararı”, Toplum ve Hekim, 33(3), 2018, s. 207-212.

İLTAŞ, Yiğit: “Sarsılmış Bebek Sendromunun Türk Ceza Kanunundaki Bazı Hükümler Kapsamında Değerlendirilmesi”, BUHFD, 17(206), 2022, s. 167-200.

İNAN, Ali Naim: Çocuk Hukuku, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No:3, İstanbul 1968.

İNCEOĞLU, Sibel: Ölme Hakkı – Ötanazi, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999.

İnsan Hakları ve İnterseks Kişiler, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Tarafından Yayımlanan Tematik Rapor, (Çev. Işıl Demirakın), Kaos GL Derneği, Ankara 2018.

JARRAL, Farrah: “A Hymen Epiphany,” The Journal of Clinical Ethics, 26(2), 2015, s. 158-160.

- KABOĞLU, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 16. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2021.
- KANADOĞLU, Korkut, “Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (119), 2015, s. 11-34.
- KANADOĞLU, Korkut/BOZKURT, Kutluhan: Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Düzenlemeleri, AIHM İçtihatları ve AYM Kararları Kapsamında Sağlık Hakkı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- KANBUR, Nihat: “Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu, in: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No. 142, Ankara 2008, s. 1229-1258.
- KANGAL, Zeynel T.: “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(4), 2011, s. 223-251. (Varsayılan Rıza)
- KANGAL, Zeynel T.: Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010. (Zorunluluk Durumu)
- KANT, Immanuel: Ahlakın Metafiziği - Hukuk Öğretisinin Metafizik Temel İlkeleri (Çev. Altan HEPER), Fol Kitap, Ankara 2023.
- KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, 5. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1976.
- KARADOĞAN, Umut C.: “‘Çocuk ve Çocukluk’ Kavramının Tarihsel Süreçte Değerlendirilmesi”, Çocuk ve Medeniyet, (1), 2019, s. 195-226.
- KARAKAŞ, Fatma Tülay: Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

- KARAKAYA, Işık: “Otizm ve Aşılar Arasında Bir İlişki Var mı?”, Toplum ve Hekim, 33(3), 2018, s. 213-216.
- KARAMAN KEPENEKÇİ, Yasemin: “Hukuksal Açıdan Çocuk İstismarı ve İhmali”, Katkı Pediatri Dergisi – Adli Pediatri ve Çocuk İstismarı, 22(3), 2001, s. 262-276.
- KARAMAN, Ebru: Velayet Hakkı Bağlamında Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin Anayasal Değerlendirilmesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- KATOĞLU, Tuğrul: “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, AÜHFD, 61(2), 2012, s. 657-693. (Mağdur)
- KATOĞLU, Tuğrul: “Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu”, TBB Dergisi, 68, 2007, s. 29-42. (Güven İlkesi)
- KATOĞLU, Tuğrul: “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, AÜHFD, 55(1), 2006, s. 157-193. (Biyotıp Sözleşmesi)
- KATOĞLU, Tuğrul: Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003. (Hukuka Aykırılık)
- KENYATTA, Jomo, Facing Mount Kenya: The Tribal Life of Gikuyu, Mercury Books, Third Impression, London 1965.
- KESKİN KİZİROĞLU, Serap: “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı: Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, 19(2), 2013, s. 166-190.
- KESKİN, A. Dilşad: Medeni Hukuk Açısından Bizzat Karar Verme Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- KEYMAN, Selahattin: “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 40(1), 1988, s. 121-171.

- KILIÇ, Mustafa: Gerçek Yaşam Tadında: Gelişim Dönemleri 1 (Çocukluk-Okul), 2. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2016.
- KILIÇ, Mustafa: Gerçek Yaşam Tadında: Gelişim Dönemleri 2 (Erinlik-Ergenlik), 2. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015. (Aile Hukuku)
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Hukuk, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019. (Medeni Hukuk)
- KILLOUGH, Emily/SWEENEY, Brooke/HAMPL, Sarah E./BECK, Amy R.: “Medical Neglect and Obesity” in: Child Abuse: Medical Diagnosis And Management (Ed. Antoinette LASKEY, Andrew SIROTNAC), 4th Edition, American Academy of Pediatrics, Illinois 2020.
- KIRIŞ, Şemsettin: “Bir Sünnet Türü ile İlgili Hadislerin Günümüz Şartlarında Değerlendirilmesi”, Hadis Tetkikleri Dergisi (HTD), 18(1), 2020, s. 7-26.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021. (Genel Hükümler)
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023. (Özel Hükümler)
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/SÖĞÜTLÜ, Özlem: Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Işık Tutan İlkeler, Kavramlar ve Digesta Metinleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- KONANÇ, Esin: “Türk Hukuk Sisteminde Çocuk İstismarı ve İhmali”, Ankara University Journal of Faculty of Educational Sciences, 20(1), 1987, s. 1-10.
- KÖKCÜ, Halil: Paternalizm Kavramı ve Örnek Uygulamalar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.

KRUTZINNA, Jenny: “Who is “The Child”? Best Interests and Individuality of Children in Discretionary Decision-Making”, The International Journal of Children's Rights, 30(1), 2022, s. 120-145, <https://doi.org/10.1163/15718182-30010005>

KULTGEN, John: Autonomy & Intervention – Parentalism in the Caring Life, Oxford University Press, New York 1995.

KURT, Sevil Lale/SARI, Kibar Seyhun/UYANIK, Mehmet Nuri, Çocuk Hakları ve Türkiye Uygulaması – Çocuk Politikaları Serisi 2, 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı Özel Yayını, T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Ankara 2021, <https://www.aile.gov.tr/media/75943/cocuk-politikalari-serisi-23-nisan-ozel-yayini.pdf>

KURT, Sevil Lale: “Çocuk Haklarına İlişkin Temel Uluslararası Belgeler ve Türkiye Uygulaması”, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, 36, 2016, s. 99-127.

LOCKE, John: Yönetim Üzerine İki İnceleme (Çev. Ömer SARUHANLIOĞLU), Litera Yayıncılık, İstanbul 2020.

MACLEAN, Alasdair: Autonomy, Informed Consent and Medical Law – A Relational Challenge, Cambridge University Press, New York 2009.

MAKARACI BAŞAK, Aşlı/ÖKTEM ÇEVİK, Seda: “Bebeklik Dönemi Zorunlu Aşı Uygulamaları” in: Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

MARSHALL, Gordon: Sosyoloji Sözlüğü (Çev. Osman AKINHAY, Derya KÖMÜRCÜ), Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 2005.

- MEMİŞ KARTAL, Pınar: “The Legal Framework of Circumcision in Turkish Law”, LESIJ, 23(1), 2015, s. 145-155.
- METİN, Sevtap: “Covid-19 Bağlamında Zorunlu Aşı Tartışmalarının Hukuki Boyutu”, Sağlık Bilimlerinde İleri Araştırmalar Dergisi, 4(S-1), 2021, s. 37-50.
- NAKAYA, Andrea C. : Thinking Critically: Biomedical Ethics, Reference Point Press, California 2015.
- NUHOĞLU, Ayşe: “Genital Muayene Suçu (TCK m. 287)”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 21(Özel Sayı), 2019, s. 2987-2999. (Genital Muayene)
- NUHOĞLU, Ayşe: “Sünnet ve Ceza Hukuku”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı: Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 19(2), 2013, s. 211-220. (Sünnet)
- NUHOĞLU, Ayşe: Aile Düzenine Karşı Suçlar, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2009. (Aile Düzenine Karşı Suçlar)
- OAKLEY, Ann: Sex, Gender and Society, Gower Publishing Company Limited, Aldershot 1985.
- OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- OKAY, Cüneyd: Osmanlı Çocuk Hayatında Yenileşmeler (1850-1900), Kırkambar Yayınları, İstanbul 1998.
- OKTAR, Salih: Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları (TCK. m. 99-100), On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- OKYAR, Dila: “İnterseks Küçüğe Uygulanan Genital Rekonstrüktif Cerrahi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Meselesi”, SÜHFD, 30(1), 2022, s. 161-193.

- ONUR, Bekir: Türkiye’de Çocukluğun Tarihi, İmge Kitabevi, Ankara 2005.
- Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Mehir Vakfı Yayınları, 5. Baskı, Konya 2017.
- OZANSÜ, Mehmet Cemil: “Kısırlaştırma Suçu”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyum Kitabı, Ankara 2008, s. 1284-1294. (Kısırlaştırma)
- OZANSÜ, Mehmet Cemil: Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007. (Sübjektif Sorumluluk)
- ÖKTEM, Duygu: “Türkiye’deki Çocuk Adalet Sisteminin Yönetimi ve Yaş Ayrımcılığına İlişkin Paradigmanın İncelenmesi (Literatür Taraması)” in: Türkiye’de Çocuk Adalet Sisteminin Yönetimi, Uluslararası Çocuk Merkezi Yayınları, Ankara 2012, s. 1-20.
- ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- ÖRNEK BÜKEN, Nüket: “İstanbul Sözleşmesi Bağlamında Kadın Sünneti”, Kadın/Woman 2000-Kadın Araştırmaları Dergisi, 20(1), 2019, s. 17-42.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/MERAKLI, Serkan/BACAKSIZ, Pınar/BAŞBÜYÜK, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- ÖZBEY, Hüseyin: “Cinsel Gelişim Sorunları: Küçük Hastalar, Büyük Kararlar”, Çocuk Cerrahisi Dergisi, 30(Ek Sayı 2), 2016, s. 141-145.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 21. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- ÖZDEMİR, Ali/KOÇAK, Ozan Şafak: “Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(2), 2017, s. 25-57.

- ÖZDEMİR, Hayrunnisa/RUHİ, Ahmet Cemal: Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- ÖZDEN, Salih Yaşar: “Ülkemiz Kadınında Himen Morfolojisinin Araştırılması”, Kartal Eğitim ve Araştırma Klinikleri, 1(1), 1990, s. 28-33.
- ÖZEK, Çetin: “Hekim ve Hukuk Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları”, İstanbul Tıp Fakültesi Mecmuası, 28, 1963, s. 445-458.
- ÖZGENÇ, İzzet: “İhmalî Suç Teorisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(4), 2021, s. 303-378. (İhmalî Suç)
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023. (Ceza Hukuku)
- ÖZKAN, Mazhar: Anatomi (Ed. Mehmet YILDIRIM, Ferruh YÜCEL), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2021. (Anatomi)
- ÖZKAN, Salih: Ceza Hukukunda Önemsizlik, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018. (Önemsizlik)
- ÖZSUNAY, Ergun: “Türk ve Alman Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu – Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu (Ankara 12-13 Mart 1982), Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 31-59. (Hastayı Aydınlatma Ödevi)
- ÖZSUNAY, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979. (Gerçek Kişiler)
- ÖZTAN, Bilge: Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021. (Kişiler Hukuku)

- ÖZTAN, Güven Gürkan: Türkiye’de Çocukluğun Politik İnşası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011. (Politik İnşa)
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 23. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- ÖZTÜRK, Barış Can: Birlikte Velayet, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- PISAPIA, Gian Domenico: İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım, (Çev. Atıf AKGÜÇ), Adalet Bakanlığı Yayınları No:10, Ankara, 1971.
- POLAT, Oğuz: Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı-1, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- REID, Suzan A.: “Age Of Responsibility”, (Ed: William J. CHAMBLISS), Juvenile Crime and Justice, Sage Publishing, Los Angeles 2011, s: 1-11.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, Emile: “Bir Çocuk Büyüyor” (Çev. Ülkü AKAGÜNDÜZ), 24. Baskı, Selis Kitaplar, İstanbul 2017.
- SAĞLAM, Fazıl: Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, AÜSBF Yayını, Ankara 1982.
- SALMON, Daniel A./SIEGEL, Andrew W.: “Religious and Philosophical Exemptions From Vaccination Requirements and Lessons Learned from Conscientious Objectors From Conscription”, Public Health Reports, 116(4), 2001, s. 289-295.
- SALTER, Erica K.: “Deciding for a Child: A Comprehensive Analysis of the Best Interest Standard”, Theoretical Medicine and Bioethics, (33), 2012, s. 179–198.
- SARI, Necmi: “İslâm Öncesi ve Sonrası Dönemde Araplarda Kadın Sünneti”. İhya Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi, 8(2), 2022, s. 1032-1064.
- SAYEK, Füsun: Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, 1998, Türk Tabipler Birliği, https://www.ttb.org.tr/kutuphane/uluslararasi_belgeler.pdf

- SCHWARZ, Andreas B.: Roma Hukuku Dersleri I. Cilt (Çev. Türkan RADO), 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 654, İstanbul 1956.
- SEROZAN, Rona: Çocuk Hakları, 2. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2005.
- SERT, Gürkan: Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- SEYMEN ÇAKAR, Ayşen: “Kadının İnsan Haklarından Bir Sapma Örneği: Kadının Cinsel Sakatlanması”, TBB Dergisi, (151), 2021, s. 361-380.
- SHWEDER, Richard A.: “What About ‘Female Genital Mutilation’? and Why Understanding Culture Matters in the First Place”, Engaging Cultural Differences: The Multicultural Challenge in Liberal Democracies (Ed. Richard A. SHWEDER, Martha MINOW, Hazel Rose MARKUS), Russell Sage Foundation, New York 2002, s. 216–251.
- SIRMA, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ÖZAYDIN, Özdem: “Türk, Alman ve İtalyan Ceza Hukuklarında Sünnet”, Fasikül Hukuk Dergisi, (44), 2013, s. 19-27.
- SORMAZ, Fulya/YÜKSEL, Hülya “Değişen Çocukluk, Oyun ve Oyunağın Endüstrileşmesi ve Tüketim Kültürü”, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 3(11), 2012, s. 985-1008.
- SOYASLAN, Doğan: “Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, (1), Ankara 2009, s. 119-137. (Hekimlerin Ceza Sorumluluğu)
- SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022. (Ceza Genel)
- SOYER, Senem: “Kadın Sünneti: Kültürel Dayanakları ve Yol Açtığı Sorunlar”, EKEV Akademi Dergisi, 18(60), 2014, s. 403-414.

- SOYSAL, Mümtaz: Anayasaya Giriş, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1969.
- STEINBERG, Laurence: “Does Recent Research on Adolescent Brain Development Inform the Mature Minor Doctrine?”, Journal of Medicine and Philosophy, (38), 2013, s. 256–267.
- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- ŞENOCAK, Zarife: “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, 50(4), 2001, s. 65-80.
- ŞENOL, Ayşe Nilay: “Sünnet ve Çocuğun Menfaati”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi - Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 25(2), 2019, s. 1337-1357.
- Taberî, Muhammed b. Cerîr, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, 39. Cilt, 2010, ss. 319-320. <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/39/C39023135.pdf>
- TAG, Brigitte: “Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik” (Çev. Yener ÜNVER), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 2006, s. 287-205.
- TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan: “Anayasa Hukuku Açısından Zorunlu Aşı - Vavrička Kararının Öğrettikleri-”, YÜHFD, 19(Özel Sayı), 2022, s. 467-520. (Zorunlu Aşı)
- TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan: Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla), Legal Yayıncılık, İstanbul 2012. (Sağlık Hakkı)
- TANERİ, Gökhan: Uygulamadan Örnek Hükümlerle Türk Hukukunda Hekim Ceza Sorumluluğu, Bilge Yayınevi, Ankara 2014.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2018.

- TARHAN, Alaz: “Roma Hukukunda *Iniuria*” Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.
- Târîhu’l-ümem ve’l-mülûk, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, 40. Cilt, 2011, ss. 92-94. <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/40/C40013044.pdf>
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- TOPÇU, Namık Kemal: “Genital Muayene Suçu (TCK 287), TıpHD, (5), 2014, s. 115-144.
- TOPUZLU, Cemil: Sünnet Sağlık İçin Faydalı Mıdır?, Akşam Matbaası, İstanbul 1935.
- TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 26. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.
- TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.
- TULAY, M. Emre: “Çocuğun Sünnetinde Hekim ve Ebeveynin Cezai Sorumluluğu”, Ceza Hukuku Dergisi, (43), 2020, s. 583-605.
- TÜFEKÇİ, İbrahim: “İslam Hukukuna Göre Gebeliğin Sonlandırılması”, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 45(45), 2013, s. 111-154.
- TÜMER, Ali Rıza/BALSEVEN ODABAŞI, Aysun/FOTO ÖZDEMİR, Dilşad/MUTLU, Erdem İlker/KAYNAK, Ayşe Derya, “Çocuk İstismarı’nın Ağır Bir Türü: Bakım Veren Yapay Bozukluğu’na (Munchausen By Proxy Sendromu) Hukuki ve Tıbbi Bakış”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (6), 2016, s. 581-608.

- TÜRKER, Hülya: İnterseks Çocuklara Yönelik Tıbbi Müdahale Sorunu Bağlamında Toplumsal Cinsiyet ve Beden, Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği ve Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi, Ankara 2019.
- TÜRKOĞLU, Halide Gökçe: Roma Hukukunda Suç ve Ceza, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- URUŞAK, Uğur: Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- USTA, Sevgi: Çocuk Hakları ve Velayet, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012. (Çocuk Hakları)
- USTA, Sevgi: Velayet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016. (Velayet)
- UYUMAZ, Alper/AVCI, Yasemin: “Türk Hukuku'nda Gebeliğin Sonlandırılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2016, s. 579-638.
- ÜÇLER, Nevra/BÜYÜKÇELİKOK, Türkan Öykü: “Türkiye’nin İstanbul Sözleşmesi’nden Çekilmesi Kararının Dünya Basınında Yansımasının İnsan ve Kadın Hakları Yönünden Ülke İtibarına Etkisi Üzerine Bir İnceleme”, İletişim Çalışmaları Dergisi, 9(3), 2023, s. 395-424.
- ÜNAL, Şeref: Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 19. Baskı, Ankara 2022.
- ÜNVER, Yener: “Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyum Kitabı, Ankara 2008, s. 881-916. (Güven İlkesi)

- ÜNVER, Yener: “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 2006, s. 227-288. (Rıza)
- ÜNVER, Yener: Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1998. (İzin Verilen Risk)
- ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003. (Hukuksal Değer)
- ÜNVER, Yener: TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar – İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019. (Adliye Karşı Suçlar)
- ÜSTÜN, Çağatay/AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Gülsün Ayhan: “Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirilmesi”, Fasikül Hukuk Dergisi, (53), 2014, s. 29-37.
- VATANDAŞ, Celalettin: “Toplumsal Cinsiyet ve Cinsiyet Rollerinin Algılanışı” Sosyoloji Konferansları, (35), 2007, s. 29-56.
- WANI, Imtiaz Ahmad: “True Hermaphroditism: Review Article”, The Internet Journal of Pediatrics and Neonatology, 9(1), 2007, <https://print.ispub.com/api/0/ispub-article/13003>
- WARREN, Charles: “‘Volenti Non Fit Injuria’ in Actions of Negligence”, Harvard Law Review, 8(8), 1895, s. 457-471.
- YAŞAR, Yusuf/TURAN, Işıl: “Alman, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu ile Ötanazi İlişkisi”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, 19(1), 2013, s. 39-72.

- YAVUZ, Cevdet/ERLÜLE, Fulya/TOPUZ, Murat: Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2017.
- YAVUZ, Melike: “Aşı Karşıtlığının Tarihçesi”, Toplum ve Hekim, 33(3), 2018, s. 187-194.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Hastanın Tedaviyi Reddetme veya Durdurma Hakkı”, KKTC Girne Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 41-93. (Tedaviyi Reddetme veya Durdurma)
- YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Türk Ceza Yasası’nda Genital Muayene Suçu”, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 49-63. (Genital Muayene)
- YENERER ÇAKMUT, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003. (Rıza)
- YERDELEN, Erdal: “Hukuki Açıdan Sünnet (Beschneidung)”, TıpHD, (3), 2013, s. 43-74.
- YILMAZ, Candan: “Gebeliğin Sonlandırılmasında İzin Verilen Yasal Sürelere İlişkin Karşılaştırmalı İnceleme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 21(Özel Sayı), 2019, s. 3311-3324. (Gebeliğin Sonlandırılması)
- YILMAZ, Çiğdem Mine, Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçüğün Bedenvarlığı Üzerindeki Tasarrufları, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2023. (Bedenvarlığı Üzerindeki Tasarruf)
- YOUNG – BRUEHL, Elisabeth: Çocuk Düşmanlığı: Çocuklara Karşı Önyargıyla Yüzleşme (Çev. Aksu BORA), İletişim Yayınları, İstanbul 2021.

- YUMAK, Semih: “Köln Eyalet Mahkemesi’nin Sünnet ile İlgili Kararı”, TBB Dergisi, (4), 2013, s. 433-440.
- YURTSEVEN, Yılmaz: “1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi ve Osmanlı Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(1-2), 2003, s. 199-250.
- YÜCEL, Özge: “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2), 2013, s. 117-137.
- YÜKSEL, Gülsüm Hatice/TOPUZÖĞLU, Ahmet: “Aşı Redlerinin Artması ve Aşı Karşıtlığını Etkileyen Faktörler”, ESTÜDAM Halk Sağlığı Dergisi, 4(2), 2019, s. 244-58.
- ZAFER, Hamide: “Kötü Muamele Suçu (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Tebiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması)”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1), 2009, s. 119-172.
- ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA K. Emre: Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999.
- ZEVKLİLER, Aydın/CUMALIOĞLU, Emre/ACABEY, M. Beşir: Medeni Hukuk III: Aile Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.
- ZİYALAR, Neylan: Çocuk İstismarı ve Çocukla Adli Görüşme, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.



EK A. ÖZGEÇMİŞ

İsim Soyisim:

Aslı Aydın

Eğitim:

2013-2017 Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı,

Yüksek Lisans

2008-2013 İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lisans

İş Denevimi:

2022-... Öğretim Görevlisi, Ufuk Üniversitesi Meslek Yüksekokulu

2019-2022 Öğretim Görevlisi, Ataşehir Adıgüzel Meslek Yüksekokulu

2016-2019 Serbest Avukatlık, Balıkesir Barosu

Ödül ve Burslar:

Bilimsel Yayınlar:

AYDIN, Aslı: “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”

Terazi Hukuk Dergisi, 215(7), 2024, s. 22-33.

AYDIN, Aslı: “Aleniyet İlkesi ve Basın Özgürlüğü Kapsamında Ses veya Görüntülerin

Kayda Alınması Suçu (TCK m. 286)” Kırıkkale Hukuk Mecmuası, 4(1), 2024, s.

401–431.

AYDIN, Aslı: “Açlık Grevlerine Yapılan Tıbbi Müdahaleler ve Türk Ceza Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, (Ed. Prof. Dr. İ. Hamit HANCI / Prof. Dr. Yener ÜNVER), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 162-220.

Bilimsel Sunumlar:

AYDIN, Aslı: “Sağlık Alanında Vücut Korsanlığı ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, V. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Ayvalık, 5-6 Eylül 2019.

AYDIN, Aslı: “Açlık Grevlerine Yapılan Tıbbi Müdahaleler ve Türk Ceza Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, İstanbul, 3-4 Mayıs 2018.