

Sünnet ve Çocuğun Menfaati

Circumcision and the Interest of the Child

Ayşe Nilay ŞENOL* 

Öz

Kanunlarca belirlenmiş belli bir yaşın altındaki kişiler çocuk kabul edilir ve bu kişiler yasal temsilcileri tarafından menfaatlerine uygun hareket edilmesi koşuluyla temsil edilirler. Çocuklar erginliğe ulaşmadan önce de, özellikle vücut bütünlüğünü ilgilendiren konularda ayırt etme gücüne sahip ve belli bir olgunluğuna erişmiş olabilirler. Çocuğun rızasını verebilme konusunda yeterli bir yaşa ulaştığına ilişkin olarak yabancı hukuklarda olgun küçük doktrini ve Gillick yeterliliği gibi yaklaşımlar örnek olarak da verilebilir. Özellikle sünnet gibi müdahalelerde çocuğun rızası ise büyük önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, rıza, kişilik hakkı, tıbbi tedavi, sünnet.

Abstract

It is accepted that a human being under a certain age is a child and children are protected and represented by their legal representatives who should serve this duty considering the well-being of the child and care for a child with his/her best interests. Before attaining majority a child is also capable of forming his/her own views and can make decisions concerning his/her physical and mental integrity. Mature minor doctrine and Gillick competency are examples of approaches of laws defining the child's age to give his/her own consent to medical interventions. In specific categories of interventions such as circumcision the child's consent gain more importance.

Keywords: Child, consent, personality right, medical treatment, circumcision.

* Dr. Öğr. Üyesi, Yakın Doğu Üniversitesi Öğretim Üyesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.
E-Mail: aysenilay.senol@neu.edu.tr

GİRİŞ

Sünnet, kız veya erkek çocuklara yapılan tıbbi bir müdahaledir. Konuya ilişkin tartışma ve değerlendirmelere değinmeden önce sünnet, tıbbi müdahale ve zorunluluk (endikasyon) kavramlarından kısaca bahsetmek gerekmektedir.

Kadın sünneti¹, ulusal ve uluslararası metinlerde yasaklanmaktadır veya yasaklanması teşvik edilen bir müdahaledir. Örneğin, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi) 38. maddesi, taraf devletlerin, kadın ve genç kızlara yönelik yapılan kadın sünnetinin cezalandırılmasını temin etmek üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacakları hükmünü taşımaktadır.

Erkek çocuklara yönelik sünnet uygulamaları ise tıbbi zorunluluklar hariç, sosyal ve dini gerekliliklerle yapılmakta; Müslüman ve Yahudi topluluklarında yaygın bir uygulama olarak kabul edilmektedir. Türk hukuku bakımından sünnetin dayanağı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (TŞTİDK) kabul edilmektedir. TŞTİDK'nun "Sünnetçiler" başlığını taşıyan 4. fasıl 58-62. maddeler arasındaki düzenleme 2.1.2014 tarih ve 6514 sayılı kanunun 26. maddesi ile ilga edilmiştir. Aynı kanunun "Tabipler" başlığını taşıyan 3. maddesi ise şu şekilde düzenlenmiştir: "*Cerrahii sağıreye ait ameliyat ile sünneti her tabip yapabilir. (Ek cümle: 2/1/2014-6514/20 md.) Ancak, olağanüstü ve istisnai hâllerde Sağlık Bakanlığınca düzenlenecek eğitimi alan kimseler tarafından hekim gözetiminde sünnet ameliyesi yapılmasına Bakanlıkça izin verilebilir. Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti tarafından açılan ve idare edilen mekteplerden mezun küçük sıhhiye memurları ve işbu mekteplere muadil tedrisat yapan mekteplerden mezun olup şahadetnameleri Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaletince tasdik ve tescil edilenler talimatnamelerinde yazılı olanlara munhasır kalmak şartıyla küçük ameliyeleri yapabilirler.*" İlgili hüküm sünnetin hukuki dayanağı olarak kabul edilmektedir.

Tıbbi müdahale, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4/g maddesinde, "*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 ruhi girişim*" olarak tanımlanmıştır.

Tıbbi müdahale doktrinde ise "fiziksel ya da psikolojik nitelikteki hastalıkları, acıları, hastalık niteliğini taşımayan fiziksel ya da psikolojik bozuklukları, yine hastalık niteliğini taşımayan şikâyetleri önlemek, teşhis etmek, iyileştirmek ya da bunların etkisini hafifletmek amacıyla insan vücuduna yapılan tüm müdahaleler" olarak tanımlanmaktadır².

1 Konuya ilişkin kültürel bir yaklaşım için bkz. ÖZENÇ, Berke, "Kadın Sünneti: Etnomerkezci Önyargulardan Kültürel Dinamiklere Dikkate Alan Bir Yaklaşım Doğru", İÜHFMD C.LXIV, S. 2, s. 145-166, 2006.

2 ŞENOCAK, Zariye, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", AÜHFMD, C.50, S.4, 2001, s. 66; KAHRAMAN, Zafer, "Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7 Sayı:1 Yıl 2016, s. 480-481; MICHEL, Margot/RUTISHAUSER, Christoph, "Referate / Kinder und Jugendliche als Patientinnen und Patienten – Ein Beitrag aus rechtlicher und medizin-ethischer Sicht", *Achte Schweizer Familienrecht* 28./29. Januar 2016 Zürich, s. 7.

Anayasa Mahkemesi de 2016 yılında verdiği bir kararında tıbbi müdahale tanımına yer vermiştir. Bkz.<http://www.>

Tıbbi müdahale kişinin vücut bütünlüğüne veya manevi bütünlüğüne yönelik bir davranış ile gerçekleştirilebilir. Böyle bir davranışın da kişilik hakkına bir saldırı olmaması için hukuka uygun kabul edilebilmesi gerekir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi esas itibarıyla rıza ile mümkündür³. Anayasanın 17/2 maddesi de tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını belirtmektedir.

Endikasyon (zorunluluk veya gereklilik) ise, tıbbi müdahalenin yapılabilmesi için ortaya çıkan tıbbi gerekliliği ifade eder⁴. Bu gereklilik hali bir hastalığın tanısının konulması, tedavisinin yapılması amaçları ile olabileceği gibi, aşilar gibi hastalıklardan korunma şeklinde de olabilecektir. Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasındaki "tıbbi zorunluluklar" ifadesi ile Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı" başlıklı 12. maddesinin, "*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.*" düzenlemesi dikkate alındığında sosyal gerekliliklerle yapılan tıbbi müdahalelerin rıza ile hukuka uygun hale gelip gelmeyeceği akla gelebilecektir. Ancak, estetik amaçlı müdahaleler veya sünnet gibi sosyal ihtiyaçlar sonucu karşılaşılan endikasyonlar da tıbbi müdahalenin yapılabilmesi için bir gereklilik hali olarak kabul edilmektedir⁵.

Tıbbi müdahaleler, üstün nitelikte özel yarar veya kamu yararı gibi sebepler dışında ancak müdahaleye maruz kalacak kişinin rızası ile hukuka uygun hale gelirler. Müdahale, kişinin aydınlatılmış rızasının bulunmadığı durumlarda, kişilik hakkı değerlerinden vücut bütünlüğünün ihlali sonucunu doğuracaktır. Tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin velayet veya vesayet altında bulunan küçük olması durumunda aydınlatmanın kime yöneltileceği ve rızanın kimin tarafından verileceği meselesi önem arz etmektedir. Ayırt etme gücü bulunmayan tam ehliyetsizler kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanamazlar ve kural olarak bu haklar bakımından temsil de yürümez⁶. Ancak, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin menfaatinin gerektirdiği durumlarda yasal temsilci onun adına kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanabilecektir. Ayırt etme gücü

kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2014-4077.pdf, §55.

- 3 **OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe**, Kişiler Hukuku, İstanbul 2018, N. 673; **DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan**, Kişiler Hukuku, İstanbul 2018, N. 531, 532; **HELVACI, Serap**, Gerçek Kişiler, İstanbul 2017, s.113; **KÜRŞAT, Zekeriya**, "Analysis of The Concept of "Consent" in Medical Interventions From a Contract Law Perspective", Law & Justice Review, Year:8, Issue:14, June 2017, s. 54; **OKTAY ÖZDEMİR, Saibe**, "Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği, Rona Serozan'a Armağan, Cilt II, s. 1315; **ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt**, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993, s. 45; **HELVACI, Serap**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/a fıkra I/İMK md. 28a fıkra I), İstanbul 2001, s. 52; **AKİPEK, Jale /AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya**, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri/Kişiler Hukuku (1.Cilt) (Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış), Ankara 2018, s. 365.
- 4 **HAKERİ, Hakan**, Tıp Hukuku, İstanbul 2018, s. 448.
- 5 **HAKERİ**, s. 453-454; **YERDELEN, Erdal**, "Hukuki Açıdan Sünnet (Beschneidung)", Tıp Hukuku Dergisi, Mart 2013, s. 6; **DEDE, Emine**, Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları, İstanbul 2017, s. 141.
- 6 Tam ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarının bazı durumlarda yasal temsilci tarafından kullanılabilmesi kabul edilmektedir. Yasal temsilci tarafından kullanılacak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların belirlenmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAKAŞ, Fatma Tülay**, Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara 2015, s. 58 vd.

bulunmayan kişiye yapılacak tıbbi müdahalede de yasal temsilcinin rızasının yeterli olması ayırt etme gücü bulunmayan kişinin menfaati bakımından kaçınılmaz olacaktır.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler bakımından ise mesele daha karmaşıktır. Hem yerel düzenlemeler hem uluslararası düzenlemeler ayırt etme gücüne sahip küçüklerin yeterli olgunluğa erişmeleri durumunda kendilerine dair konularda görüşlerinin alınması ve hatta din seçimi, tıbbi müdahaleye rıza gösterme gibi kararları tek başlarına dahi verebileceklerini kabul edebilmektedir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler aksini gerektiren bir durum söz konusu değilse anne ve babanın velayeti altındadır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması ile anne babanın velayet hakkının çatışması durumunda ölçülülük ilkesi ve çocuğun menfaatinin gereklilikleri ile bir karara varmak gerekecektir.

Çalışmada, tıbbi bir zorunluluk ile değil de sosyal gereklilik ile yapılan sünnet müdahaleleri bakımından ayırt etme gücüne sahip küçüğün rıza gösterip gösteremeyeceği, bu rızanın tek başına hüküm ifade edip etmeyeceği hususu kişilik hakkı, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü koruma hakkı ve velayet hakkı kapsamı bakımından değerlendirilecektir. Çalışmada hem “küçük” hem de “çocuk” kavramlarının bir arada kullanılmasının sebebi TMK’da küçük ve çocuk kavramlarının her ikisinin de yer alması, uluslararası metinlerde ise çoğunlukta çocuk kavramına yer verilmesi sebebiyledir.

I. TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA GÖSTERMEDE AYIRT ETME GÜCÜ VE AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP KÜÇÜĞÜN HAKLARI

Ayırt etme gücü kavramı göreceli bir kavram olarak kabul edilir; ulusal ve uluslararası düzenlenmelerde özellikle asgari bir yaş belirlemesinden de kaçınılmıştır. Aşağıda, tıbbi müdahalelere rıza gösterilmesi bakımından küçüğün hangi yaştan itibaren rıza gösterebileceği veya işleme katılabileceğine ilişkin yerel mevzuattaki düzenlemeler ve yabancı hukuklardaki yaklaşımlar değerlendirilmeye çalışılacaktır.

A. TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA GÖSTERMEDE AYIRT ETME GÜCÜ VE YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ

Ayırt etme gücü TMK m. 13’te tersten, olumsuz olarak şu şekilde tanımlanmıştır: “*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.*” Kanunda sayılan sebepler veya bunlara benzer sebeplerle akla uygun davranma yeteneğini bulunmayan, diğer bir ifadeyle davranışının sebeplerini ve/veya sonuçlarını idrak edemeyen ve buna uygun davranamayan kişinin ayırt etme gücü yoktur⁷. Yaş küçüklüğü,

7 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 160; DURAL/ÖĞÜZ, N. 289; HELVACI, s. 58; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992, s. 225-226; ARPACI, Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 2000, s. 21; HATEMİ, Hüseyin, Kişiler Hukuku, İstanbul 2017, N. 31; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 287.

akla uygun davranma yeteneğini etkilediği ölçüde ayırt etme gücünü ortadan kaldıran bir sebeptir. Ancak kanun akla uygun davranma yeteneğinin hangi yaşta kazanılacağına dair bir belirleme yapmaktan kaçınmıştır. Her somut olayda, tüm koşullar değerlendirilerek çocuğun yaş ve gelişme derecesine göre akla uygun davranma yeteneğinin bulunup bulunmadığı tespit edilecektir⁸. Bu nedenle ayırt etme gücü göreceli veya nisbi bir kavram olarak kabul edilir⁹. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında ayırt etme gücünün tespitinde tüm unsurların en geniş şekilde değerlendirilmesi ve kişinin korunmasının sağlanması gerektiği belirtilmiştir¹⁰.

1. Yabancı Hukuklarda Küçüğün Rıza Gösterme Yaşı

Bazı ülkelerin Medeni Kanunlarında ayırt etme gücünün bulunup bulunmaması bakımından belirli yaş sınırları getirilmektedir. Alman Medeni Kanununun (BGB) § 104. maddesi yedi yaşında küçüklerin hukuki işlem yapamayacaklarını, §828 ise yine yedi yaşından küçüklerin başkalarına verdikleri zarardan sorumlu olmayacaklarını hüküm altına almıştır¹¹. BGB §1629/1 hükmü uyarınca on sekiz yaşından küçükler velayet altındadır. Ancak, 14-18 yaşları arasındaki küçüklerin tıbbi müdahaleye rıza verme olgunluğuna sahip olup olmadıkları konusunda hekim karar verebilir¹². Yine örneğin, Danimarka, tıbbi müdahalelere rıza gösterilebilmesi için gerekli olgunluğa 15 yaşından büyük çocukların eriştiğini kabul etmektedir¹³.

Diğer yabancı hukuklardaki uygulamalara bakıldığında da, çocuğun kendisine yapılacak tıbbi müdahaleye rıza göstermesi için gereken ruhsal ve ahlaki olgunluğa ulaşması çoğunlukla asgari bir yaşa bağlanmamakta; ancak, on sekiz yaşından önce bu olgunluğa erişebileceği ekseriyetle kabul edilmektedir¹⁴.

8 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 169; DURAL/ÖĞÜZ, N. 294, N. 296; BUCHER/AEBI-MULLER, Art. 19c, N. 230.

9 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 177; DURAL/ÖĞÜZ, N.305; HELVACI, s. 58; ARPACI, s. 21-22; HATEMİ, N. 35; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 289.

10 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 179; HELVACI, s. 58.

11 BGB yedi yaşından büyük kişilerin sınırlı olarak hukuki işlem yapma ehliyeti olduğunu (§106) belirtmektedir. Kanun bazı durumlarda 14 yaşındaki çocuğun tek başına rızasını yeterli bulmuştur (BGB §1671, § 1746 gibi).

12 PETERS, Sabine, Wenn Kinder anderer Meinung sind Die ethische Problematik von Kindeswohl und Kindeswille in der Kinder – und Jugendmedizin, Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Medizinischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, Göttingen 2013, s. 22.

13 Danimarka Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesini 1999 yılında onaylamış ve 2007 yılında bu sözleşme uyarınca Danimarka Sağlık Kanunu yürürlüğe girmiştir. STULTIENS, Loes/ GOFFIN, Tom / BORRY, Pascal/ DIERICKX, Kris, “Minors and Informed Consent: A Comparative Approach”, 14 Eur. J. Health L. 21 (2007), s. 25.

14 İsviçre Federal Mahkemesinin de her somut olayda çocuğun ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına bakılması gerektiğini ve bir tıbbi müdahalede çocuğun yaş ve olgunluk derecesi, tedavinin niteliği, tedavinin gerekliliği kriterlerinin değerlendirilmesi ve çocuğun karar veremediğine dair bir şüphe olması durumunda ebeveynlerin yetkili olacağı konusunda kararları bulunmaktadır. Bkz. MICHEL/RUTISHAUSER, s. 19. Federal Mahkeme 2008 yılında verdiği bir kararda, ebeveynin tıbbi müdahaleye rızasının çocuğun tedaviyi ret iradesinin önüne geçemeyeceğini belirtmiştir. Lucerne Kantonu Mahkemesinin bir kararında tıbbi müdahaleye rıza gösterebilecek çocuklarda ayrıca çocuğu koruyucu hükümlerin işletilmesine gerek olmadığı, 17 yaşındaki bir çocuğun kendisine uygulanması istenilen üçüncü kemoterapiyi reddedebileceği hükmüne bağlanmıştır. MICHEL/RUTISHAUSER, s. 18; SCHNELLER, Lena/BERNARDON, Angelo, “Freiwilligkeit in der Kinder – und Jugendpsychiatrie im Kontext von

İngiliz hukukunda adını Victoria Gillick'in açtığı davadan alan "Gillick Yeterliliği", Amerikan hukukunda "olgun küçük doktrini" kavramları da ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün kendisine yapılacak tıbbi müdahalelere rıza verebilmesi bakımından asgari bir yaşın belirlenip belirlenemeyeceğine ilişkin tartışmalar sonucu ortaya çıkmıştır. Gillick yeterliliği, 16 yaşından küçüklerin kendilerine yapılacak tıbbi müdahaleye yasal temsilcilerinin rızası olmadan onay verip veremeyeceklerine ilişkin bir terimdir. Davacı Victoria Gillick'in açtığı dava neticesinde verilen kararlar birlikte, Gillick yeterliliği denilen bir testle, 16 yaşın altındaki çocukların, kendilerine yapılacak müdahaleyi anlama ve rıza gösterme konusunda yeterli olgunluğa erişip erişmedikleri her somut olayda değerlendirilmeye başlanmıştır¹⁵.

Amerikan hukukunda kabul edilen kavram ise "olgun küçük"tür¹⁶. Buna göre, çocuk hangi yaşta olursa olsun, teklif edilen tedavinin faydalarını ve risklerini anlayabilecek olgunluk ve akla sahipse rıza verebilir. Çocuğun böyle bir olgunluğa sahip olması durumunda rızayı tek başına vermesi mümkün olabilecektir. Bir çocuğun ne zaman olgun olduğunun saptanması ise önem taşır. Uzmanlar çocuğun zihinsel gelişimine göre karar alma yetisinin 13 yaşından

Selbstbestimmung und Fürsorge", ZKE 2016, s. 118.

15 Karara konu olayda, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı doktorlara 16 yaşından küçük kız çocuklarına belirli koşullar altında, ebeveynlerinin rızası aranmaksızın doğum kontrol yöntemleri hakkında bilgi verilebileceğini düzenleyen bir sirküler göndermiştir. Sirkülelere göre, doktorların iyiniyetle hareket ettiği ve küçüğü cinsel ilişkinin olası zararlarından korumak amacıyla doğum kontrol yöntemleri tavsiye etmesi hukuka aykırı kabul edilmeyecektir. Sirküler ayrıca, doktorların doğum kontrolü hakkında tavsiye ve tedavi yöntemlerini ebeveyn rızası olmadan 16 yaşından küçük kız çocuklarına veremeyecekleri varsayımı ile ilerlemelerini ve küçüğü aileyi de dahil etme konusunda ikna etmeleri gerektiğini, bununla beraber, hekim ve hasta arasındaki gizlilik prensibi gereği istisnai durumlarda doktorun 16 yaşın altındaki bir kız çocuğuna ebeveyn rızası olmaksızın doğum kontrol yöntemleri tavsiye etmesi kabul edilebilecektir. Davacı Victoria Gillick, bakanlığın bu kararı üzerine kendi yerel sağlık yetkilisinden 16 yaşının altındaki kızlarına kendi rızası olmaksızın doğum kontrol yöntemleri konusunda tavsiye veya tedavi verilmemesini teminat altına almayı aramıştır. Yerel yetkilinin böyle bir güvence vermemesi üzerine Gillick yetkiliye ve bakanlığa bir dava açmıştır. Davacının sirkülelere ilişkin iddiaları yanında temel argümanı kendi rızası olmaksızın 16 yaşın altındaki çocuğuna doğum kontrol yöntemleri konusunda bilgi verilmesi ve tedavi tavsiye edilmesinin velayet hakkı ile bağdaşmayacağıdır. Hâkim, ebeveynlerin çocuk üzerindeki nüfuzlarının bir "haktan" ziyade "sorumluluk" veya "görev" olarak tanımlanabileceğine ve bu nedenle 16 yaşından küçük bir kıza doğum kontrol yöntemleri hakkında tavsiye verilmesinin ebeveyn "hakları"na karşı hukuka aykırı bir müdahale teşkil etmeyeceğine karar vermiştir.

Dava Yüksek Mahkemeye gitmiş ve davacı Gillick'in talepleri reddedilmiştir. Kararın temyizi üzerine Temyiz Mahkemesi bir doktorun, herhangi bir koşulda, ebeveyn rızası olmadan 16 yaşın altındaki bir kıza doğum kontrol yöntemleri tavsiye etmesinin hukuki olup olmadığı sorusuna olumsuz yanıt vermiştir. Dava nihayetinde, Lordlar Kamarası'na (House of Lords) gitmiştir. (Lord Scarman, Lord Fraser and Lord Bridge) ilk karar yönünde görüş bildirmiş ve çocuğun rızasının onun olgunluk derecesine ve rıza vermesi beklenen durumu tam anlayıp anlayamadığına göre belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Kararın İngilizce metni için bkz. http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm.

16 Bu konuda Michigan Eyalet Mahkemesi'nin kararı ilktir. Karara konu olayda, 17 yaşındaki küçük, kulağındaki tümörün alınmasına ilişkin olarak hekime danışmış ve hekimin bu tümörün ameliyatla alınmasının en uygun çözüm olacağını söylemesi üzerine yasal temsilcilerinin izni olmaksızın ameliyata rıza göstermiştir. Yapılan müdahale sonucu küçüğün hayatını kaybetmesi üzerine baba, hekim aleyhine dava açmıştır. Mahkeme, küçüğün yeterli olgunluğa sahip olduğuna, hekimle yanında ergin akrabaları varken konuştuğu ve ameliyatın ve sonuçlarının taraflarca anlaşıldığına ve babanın rızasına ihtiyaç olmadığına, neredeyse erginliğe ulaşmış küçüğün rızasının yeterli olduğuna karar vermiştir. Bkz. Bakker v. Welsh, 108 NW 94 (1906) HeinOnline – – 5 Mich. L. Rev. 40 1906-1907, <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=2312&context=articles>.

itibaren oluşabileceğini, özellikle 15 yaş itibarıyla ise tamamen kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedirler¹⁷. Ergenlerin akla uygun, sorumlu kararlar alabilme yetilerinin zamana göre değiştiği ve belli bir yaşın üzerindeki kişilerin (12-13 olarak ifade edilmektedir) tıbbi müdahalelere tek başlarına rıza gösterebileceklerinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁸.

2. Türk Hukukunda Küçüğün Rıza Gösterme Yaşı

Türk Hukukundaki yasal düzenlemelere bakıldığında, küçüğün tıbbi müdahalelere tek başına rıza göstermesine ilişkin bir kabulün olmadığı ve tıbbi müdahalelerin, çocuğun menfaati esas alınarak, yasal temsilcinin rızasına veya çocuğun rızası yanında yasal temsilcinin onayına bağlandığı görülmektedir. Rıza gösterebilecek küçüğe ilişkin asgari bir yaş belirlenmesi ise yapılmamaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TMK 335 vd. hükümleri uyarınca 18 yaşın altındaki çocuklar anne ve babalarının velayeti altındadır. TMK 339 ve onu karşılayan mehaz İsviçre Medeni Kanunu (Art. 301 ZGB) uyarınca, anne ve babanın, önemli konularda ayırt etme gücüne sahip çocuğun görüşünü almaları gerekir. Önemli konulardan neyin kastedildiği kanunlarda açıkça belirtilmemiştir. Ayırt etme gücüne sahip çocuğun görüşünün alınabilmesi için öncelikle görüşü alınacak konuda bilgilendirilmesi gerekir. Çocuğun görüşünün alınması anne ve babanın henüz bir görüş açıklamadan ve hatta kendileri bir karara varmadan başvurulması gereken bir aşamadır¹⁹. Aksi durum, çocuğun kişilik hakkına ilişkin bir değere dair görüş bildirmesini sağlamayacak, bir yasak savmadan ibaret kalacaktır. Ayrıca velayet hakkı sahibi anne babanın çocuğun görüşünden aksi bir karar almaları durumunda da, neden böyle bir karar vardıklarını çocuğa açıklamaları gerektiği, bunun hem çocuğun gelişimi bakımından hem de katılım hakkının kullanımını bakımından önemli olduğu belirtilmektedir²⁰.

Türk Hukukundaki yasal düzenlemelere bakıldığında, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun m.70/f.I, c.1 hükmü uyarınca, "*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar.*" Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesi "*Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.*" hükmünün içermektedir. Yönetmeliğin 24. maddesinin 2.fıkrası, "*Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine*

17 SCHLAM, Lawrence/ WOOD, Joseph P., "Informed Consent to the Medical Treatment of Minors: Law and Practice", 10 Health Matrix 141 (2000), p. 168.

18 COLEMAN, Doriane Lambelet / ROSOFF, Philip M., "The Legal Authority of Mature Minors to Consent to General Medical Treatment" <http://pediatrics.aappublications.org/content/131/4/786#ref-4>.

19 TROST, Tanja, Das elterliche Erziehungsrecht und die Persönlichkeitsrechte des Kindes Eine Untersuchung am Beispiel von Cognitive Enhancement, FamPra.ch – Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 24, 2017, s. 44-45.

20 TROST, s. 49.

ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.” demek suretiyle ayırt etme gücüne sahip küçüğün katılım hakkından bahsetmektedir.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun “Gebeliğin sona erdirilmesinde izin” yan başlığını taşıyan 6. maddesi, “*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.*” hükmünü içermektedir.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 5. maddesi uyarınca ise on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu temel ilkeler başlıklı 4. maddesinde çocuğun haklarının korunması amacıyla; çocuğun yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarının güvence altına alınması, çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi, çocuğun ve ailesinin bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması ve kararların alınmasında ve uygulanmasında, çocuğun yaşına ve gelişimine uygun eğitimi ve öğrenimini, kişiliğini ve toplumsal sorumluluğunu geliştirmesinin desteklenmesi temel ilkeleri sayılmıştır.

Görüldüğü gibi Türk hukukunda ayırt etme gücüne sahip küçüğün tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmesi konusunda asgari bir yaş belirlemesi yapılmamıştır. Tıbbi müdahaleye rıza göstermek kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır ve söz konusu düzenlemeler TMK16. madde ile de çelişmektedir.

B. AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP ÇOCUĞUN HAKLARI

1. Kişilik Hakkı Kapsamında

Fiil ehliyetine sahip her birey kendi fiilleriyle borç altına girebilir ve tasarrufta bulunabilir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler sınırlı ehliyetsiz kabul edilirler ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ile kendilerine yapılan karşılıksız kazandırmalar dışındaki hukuki işlemlerde yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç duyarlar²¹. TMK 16 kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ayırt etme gücüne sahip küçükler tarafından bizzat kullanabileceğini belirtmiş, ancak bu hakların hangileri olduğunu belirtmemiştir²². Doktrinde, kanun hükümleri de dikkate alınarak yapılan ayırımla kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı ve nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olarak ayrılmaktadır²³. Ayırımın önemi şudur ki, mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya

21 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 319 vd.; DURAL/ÖĞÜZ, N. 433 vd.; HELVACI, s.78 vd.; ARPACI, s. 55 vd.; TEKİNAY, Kişiler Hukuku, s. 241 vd.; HATEMİ, N. 90 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 325 vd.

22 Aynı şekilde mehaz İsviçre Medeni Kanunun 19c maddesinde de sınırlı ehliyetsizin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanabileceği belirtilmiş ancak bu hakların neler olduğu teker teker sayılmamıştır. BUCHER, Eugen /AEBI-MULLER, Regina E., Berner Kommentar Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB Rechts – und Handlungsfähigkeit, Bern 2017, Art. 19c, N. 228.

23 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 320-329; BUCHER/AEBI-MULLER, Art. 19c, N. 228; KARAKAŞ, s. 64; HATEMİ, N. 92 vd. kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara “kişilik işlemi hakları” demeyi tercih ettiğini belirtmiştir.

bağlı haklarda temsil olamayacağı, nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ise temsil kabul edebileceği belirtilmektedir²⁴.

Tıbbi müdahaleye rıza, kişilik hakkı değerlerinden biri olan vücut bütünlüğü üzerinde bir tasarruftur ve bu sebeple kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır²⁵. Tıbbi bir müdahalede bulunulabilmesi için bu müdahalenin gerekli veya acil olması aranır. Bir müdahalenin acil olması demek, herhangi bir zaman kaybı durumunda kişinin sağlığının geri dönülmez bir şekilde bozulması, hayatının tehdit altında olması veya müdahale yapılmaması durumunda hastada ciddi veya kalıcı eksiklik veya bozulmaların beklendiği haller anlamına gelmektedir²⁶. Bir müdahalenin acil olmaması durumunda, bu müdahaleye ilişkin verilecek kararın mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu belirtilmektedir²⁷. Yine bir müdahalenin riskli, acılı, tedavinin uzun süreli ve sonuçları geri dönülmez nitelikte olması durumunda sonuçların ağırlığına binaen kişilik haklarının da o ölçüde etkilendiği kabul edilmektedir. Örneğin, erkek çocuklarının sünnetine ilişkin olarak öğretideki yeni görüş, sünnet olmaya ilişkin kararın çocuğun mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkı olduğu yönündedir²⁸. Yine, cinsiyeti tam tespit edilemeyen çocuklara yapılacak cinsiyet belirleme müdahaleleri de tıbbi açıdan gerekli değilse, geri dönülemez etkileri sebebiyle ve ertelenebilir olması durumunda mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğu kabul edilmektedir²⁹.

Bir müdahalenin faydaları ile riskleri arasında orantılılık olması gerekir. Sonuç olarak, bir müdahale gerekli ve acil değilse ve vücut bütünlüğünü ihlal ediyorsa ebeveyn müdahaleye rıza gösterememelidir, çünkü müdahale küçüğün mutlak anlamda kişilik hakkı kapsamında kabul edilmelidir. Ancak her somut olayda gereklilik ve aciliyet koşulları tespit edilirken somut olayın değerlendirilmesi gerektiği, örneğin ailenin kültürel alt yapısı sebebiyle bir müdahalenin çocuğun menfaati için gerekli veya acil kabul edilebileceği, bu durumda mutlak değil de nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktan bahsedilebileceği de belirtilmiştir³⁰.

Tıbbi müdahale, belirtildiği gibi kişinin vücut bütünlüğüne bir müdahaledir ve hukuka uygun olabilmesi için öncelikle kişinin rızası gerekir. Bu rızayı kimin vereceği sorusunun cevabı, öncelikle tıbbi müdahaleye maruz kalan kişi olmalıdır. Tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin küçük olması durumunda, öncelikle bu kişinin ehliyetinin saptanması gerekecektir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük tam ehliyetsiz, ayırt etme gücüne sahip küçük ise sınırlı ehliyetsiz kabul edilecektir. Çalışma, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin tıbbi müdahaleye rızası ile sınırlandırıldığından yalnızca bu kategorideki kişiler bakımından değerlendirme yapılacaktır.

Aynı yönde bkz. **HELVACI, Serap**, Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar), İstanbul 1993, s. 4 vd.

24 **BUCHER/AEBI-MULLER**, Art. 19c, N. 240-241; **KARAKAŞ**, s. 65, s. 67.

25 **ŞENOCAK**, s. 75; **DURAL/ÖĞÜZ**, N. 532; **ARPACI**, s. 115; **KARAKAŞ**, s. 68'de yazar tıbbi müdahaleye rızanın nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğunu belirtmektedir.

26 **HAKERİ**, s. 316.

27 **TROST**, s. 53.

28 **TROST**, s. 54.

29 **BUCHER/AEBI-MULLER**, Art. 19c, N. 295.

30 **TROST**, s. 54-55.

O halde ayırt etme gücüne sahip küçükler bakımından Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin yukarıda bahsedilen ilgili hükümleri MK. 16 ile çelişmektedir. Kişilik hakkının, mutlak ve nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ayırımı ve kanunlardaki özel düzenlemeler dikkate alınarak, tıbbi müdahaleye rıza gösterecek kişinin kim veya kimler olduğunun saptanması gerekecektir.

Öğretide bir görüş, her ne kadar Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24/2. maddesi küçüklerin dinlenilmesinden, diğer bir ifadeyle katılım hakkından bahsetmiş olsa da, hükmün sadece küçüğü dinlemeden ibaret olduğu ve hekimin küçüğün beyanı ile bağlı olmadığını kabul etmektedir³¹.

İkinci bir görüş, ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasının yanında yasal temsilcinin rızasının da aranması gerektiğini kabul etmektedir³². Üçüncü bir görüş ise, ayırt etme gücüne sahip küçüğün tıbbi müdahaleye rızasının tek başına yeterli olacağı yönündedir³³. Tıbbi müdahaleye rıza konusunda küçüğün ayırt etme gücüne sahip olması demek, tıbbi müdahalenin önemini, kapsamını, sonuçlarını değerlendirebilecek ruhsal ve ahlaki olgunluğa sahip olması demektir³⁴. Küçüğün, tıbbi müdahalenin önemini kavrayacak derecede ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını hekim tespit edecektir³⁵. Hekim, küçüğün kendisinin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında verdiği bilgileri kavrayıp kavraymadığını, bu bilgileri ne kadar değerlendirebildiğini ve küçüğün kendi menfaatini gözetip gözetmediğini gözlemlemeli ve buna göre ayırt etme gücünün varlığına veya yokluğuna karar vermelidir³⁶.

Kanaatimizce, TŞSTİDK ve HHY'de belirtilen ve küçüğe yapılacak tıbbi müdahalelerle yasal temsilcinin rızasını arayan hükümler ayırt etme gücü bulunmayan küçükler bakımından uygulanmalıdır. Yapılacak tıbbi müdahalede küçüğün ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığını, yapılacak müdahaleyi ve bu müdahalenin sonuçlarını anlayabilecek olgunlukta olup olmadığını hekim tespit edecektir; bu kavrayış ve olgunluğa sahip olduğu tespit edilen küçüğün, artık TMK 16. maddenin de düzenlenmesi ile tek başına karar verebileceği kabul edilmelidir. Ayırt etme gücüne sahip çocuk kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanabilecek, kişiliğin korunmasına ilişkin genel hükümler çerçevesinde (TMK m. 24) ana babaya karşı da kişilik hakkının korunmasını talep edebilecektir.

31 DURAL/ÖĞÜZ, N. 533.

32 ADIGÜZEL, Sibel, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", TAAD, Yıl:5, Sayı:19 (Ekim 2014), s. 960-961; ŞENOCAK, s. 75, dn. 50'de zikredilen yazarlar; ARPACI, s. 115-116; SEROZAN, s. 69'de yazar çocuğun görüşünün alınmasının yeterli olmayıp doğrudan doğruya oluru almanın yerinde olacağını belirtmektedir. BUCHER/AEBI-MULLER, Art. 19c, N.243, N. 242'de yazarlar küçüğün yapılacak tıbbi müdahaleyi açıkça reddetmesi durumunda anne babanın rıza gösteremeyeceğini belirtmişlerdir.

33 KAHRAMAN, s. 489; ÖZBİLEN, Barış, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul 2011, s. 270-271, 274-277.

34 ŞENOCAK, s. 75-76.

35 ŞENOCAK, s. 77; MICHEL/RUTISHAUSER, s. 17.

36 ŞENOCAK, s. 78;

2. Katılım Hakkı

Konuya ilişkin olarak Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS), Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi³⁷, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmelerine³⁸ Türkiye'nin de taraf olduğu görülmektedir.

Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi kendi görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun, kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı olduğunu ve bu görüşlerin çocuğun yaşı ve olgunluğu dikkate alınarak dinlenilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu hak katılım hakkı olarak ifade edilmekte³⁹ ve bu hakkın da kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu kabul edilmektedir⁴⁰.

Katılım hakkı, çocukların ulaştıkları olgunluk derecesine göre görüş bildirme veya işleme olur verme olarak kullanılabilir⁴¹. Katılım hakkından anlaşılması gereken karar alma sürecine dâhil olmaktır⁴². Son yıllarda çocuklar yetişkinlerin kararlarının bir nesnesi olarak görülmek yerine karar alma süreçlerinde dinlenilmesi gereken bağımsız bir özne olarak algılanmaktadır⁴³. Çocuğun görüşlerini ifade edebilme olgunluğuna hangi yaşta ulaştığı her çocuğun gelişimine, görüş bildireceği olaya göre değişebilecektir, bu nedenle mutlak bir yaştan belirlenmesi son derece güçtür. Ancak, genel itibarıyla çocukların çok küçük yaşlardan itibaren kendi görüşlerini oluşturabildikleri ve bunu ifade etme yetkinliğine kavuştukları da söylenebilir. Ebeveynlerin çocukların sadece sözlü ifadelerine değil, mimik ve beden diliyle görüşlerini açıklamalarını da dikkate almaları gerektiği belirtilmektedir⁴⁴. Ayırt etme gücü olmayan çocuklara, hastalığı hakkında bilgi verilmesinin de sürece dâhil edilmesi olduğu ve katılım hakkının kullanılması olduğu söylenebilir⁴⁵. Sözleşmenin 12. maddesinde belirtilen “her konuda görüş alınması” tıbbi müdahalelerde çocuğun görüşünün alınmasını evleviyetle kapsar. Çocuğun görüşü alınırken yaş ve olgunluk unsurlarının bir arada değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁶. Sözleşme, asgari bir yaş belirlemekten kaçınmış, olgunluk kavramını ise tanımlamamıştır.

37 Sözleşmenin onaylandığına dair 4620 sayılı kanun 24305 sayılı ve 1.12.2001 tarihli Resmi Gazete ile yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

38 Sözleşmenin onaylandığına dair 5013 sayılı kanun 25311 sayılı ve 09.12.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

39 SEROZAN, s. 68.

40 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 329.

41 SEROZAN, s. 68.

42 TROST, s. 42.

43 HODGKIN, Rachel/NEWELL, Peter, Çocuk Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına Dair Kılavuz (Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child), Unicef, Genişletilmiş 3. bası, 2007, s. 153.

44 TROST, s. 46.

45 MICHEL/RUTISHAUSER, s. 24.

46 HODGKIN/NEWELL, s. 155.

3. Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı

Anayasanın 17. maddesinin 1. fıkrası gereği herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. AYM, aşı konusunda verdiği bir kararda⁴⁷, AİHS'nin özel yaşama saygı hakkını içeren 8. maddesi ile AY md. 17 kapsamında bir değerlendirme yapmıştır. Bu değerlendirme uyarınca, tıbbi müdahalelere rıza göstermenin veya tıbbi müdahaleyi reddetme hakkının, AİHS'nin 8. maddesi kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı ile bireyin kendini gerçekleştirme ve kendisi ile ilgili karar alabilme hakkı ile bağlantılı olduğunu belirtmiştir (§50-55). Bu maddenin kişilere ilke olarak kendi geleceklerini belirleme imkânı sunduğu belirtilmektedir⁴⁸. Kişi özerkliğinden yola çıkılarak ortaya konan hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı da, kendi kararlarını verebilecek durumda olan kişilerin kendi yaşamlarına dair seçimlerini özgür iradeleri ile sağlamaları amacıyla kabul edilen bir hasta hakkı olarak tanımlanmıştır⁴⁹. Ayırt etme gücüne sahip küçük bir tedaviyi reddetme veya kabul etme konusunda yeterli olgunluğa sahip ise Anayasada tanınan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve bu haktan temellendirilen kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında görüşünü ifade edebilmelidir. Ancak daha önce de belirtildiği gibi, her somut olayın koşulları dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması esas kabul edilmelidir.

II. VELAYET HAKKI VE SÜNNET

A. VELAYET HAKKININ ÇOCUĞUN KİŞİLİK HAKKI BAKIMINDAN KAPSAMI

Velayet hakkı, niteliği itibarıyla mutlak⁵⁰, devredilemez, mirasçılara geçmez, feragat edilemez, hukuki işlemle sınırlandırılmaz bir haktır. Velayet bir hak olduğu kadar, aynı zamanda bir görev ve yükümlülükler bütünüdür⁵¹.

TMK 335 hükmü uyarınca ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır. Mevaz İsviçre Medeni Kanununda da (Art. 301 ZGB) çocuğun fiil ehliyeti kazanmasına kadar anne ve babanın, çocuğun yüksek menfaatini dikkate alarak çocuğu yetiştirecekleri belirtilmektedir. TMK 339. madde velayetin kapsamını, “*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 terk edemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz. Çocuğun*

47 Resmi Gazete tarihi ve sayısı 26.10.2016/29869.

48 **TACİR, Hamide**, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011, s. 116.

49 **TACİR**, s. 118.

50 Velayet hakkının hem mutlak hem de nisbi bir hak olduğu, nisbi yönünün ana ve baba ile çocuk arasındaki ilişki bakımından, mutlak yönünün ise ana ve baba ile üçüncü kişiler bakımından söz konusu olduğu konusunda bkz. **ABİK, Yıldız**, “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul 2011, s.17.

51 **USTA, Sevgi**, Velayet Hukuku, İstanbul 2016, s. 24; **ABİK**, s. 13; **SEROZAN**, s. 250-251, yazar velayet hakkı için yüküm-hak ifadesini kullanmaktadır.

adını ana ve babası koyar” olarak belirlemiştir. Velayet, çocuğun şahıs varlığı ile malvarlığının korunmasını ve çocuğun temsilini sağlayan bir aile hukuku kurumu olarak tanımlanmaktadır⁵² ve çocuğun bakımı, eğitimi, kişi varlığının korunmasını, malvarlığının yönetimini ve çocuğun temsilini kapsar. Bir diğer ifadeyle de velayet, küçüklerin ve bazı durumlarda kısıtlı erginlerin şahıslarına, mallarına özen gösterme, onları temsil etme hususunda kanunun ana ve babaya yüklediği yükümlülükler ve hakların tümüdür⁵³.

Medeni Kanunun düzenlemesi dikkate alındığında, çocuğun kişi varlığına ilişkin olarak velayetin kapsamını çocuk üzerinde egemenlik, çocuğun öz adı, yerleşim yeri, yerleştirilmesi ve eğitilmesi ve temsil edilmesi olarak belirtebiliriz. Çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi beslenme, barınma, gerekli tıbbi bakımının sağlanması, dinlenme, oyun olanakları gibi hususları içermektedir. TMK uyarınca çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı da ana babaya aittir (TMK 341/1). Yine TMK hükümleri uyarınca ergin, dinini seçmekte özgürdür (TMK 341/3).

Çocuk Hakları Sözleşmesinin 18. maddesinin 1. fıkrası uyarınca çocuğun bakım ve yetiştirilmesi sorumluluğu öncelikle ana ve babaya düşer. Ana ve baba çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler. ÇHS m. 13/1'e göre çocuk düşüncesini açıklama özgürlüğüne sahiptir ve ÇHS m. 14/1, taraf devletlerin çocuğun din ve vicdan özgürlüğüne saygı göstermeleri gereğini ifade etmektedir.

TMK, çocuğun ergin olmasına kadar geçen süre içinde ana ve babanın seçimine ağırlık vermiş, ayırt etme gücüne sahip ve fakat henüz ergin olmayan çocuğun dini tercihlerini ortaya koymasına izin vermemiştir. Mehoz İsviçre Medeni Kanununda on altı yaşını bitiren çocuğa, dini inancını bizzat belirleyebilme imkânı tanınmaktadır (ZGB. Art. 303/ Abs. 3). Alman hukukuna göre ise, on dört yaşını dolduran çocuk kendi dini inancını seçebilir ve on iki yaşından büyük bir çocuğun dini ancak çocuğun rızası ile değiştirilebilir.

Anne ve babanın çocuk üzerindeki hakkının bir yandan bir tür egemenlik hakkı olduğu ileri sürülmekte⁵⁴, diğer yandan velayet hakkının mülkiyet gibi bir egemenlik hakkı olarak

52 AKYÜZ, **Emine**, Çocuk Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2012, s. 219; RUHİ, **Canan/ RUHİ, Ahmet Cemal**, Velayet Hukuku (En Son Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararları İle), Ankara 2017, s. 21.

53 AKINTÜRK, **Turgut/ATEŞ, Derya**, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt, İstanbul 2017, s. 406; BAYGIN, **Cem**, Soybağı Hukuku, İstanbul 2010, s. 259; ZEVLİLİLER, **Aydın/ACABEY, Beşir/GÖKYAYLA, Emre**, Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ekim 2000, s. 1013; RUHİ/RUHİ, s. 21; DURAL, **Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2018, s. 351; BAKTİR ÇETİNER, **Selma**, Velayet Hukuku, Ankara 2000, s. 30; TEKİNAY, **Selahattin Sulhi**, Aile Hukuku, İstanbul 1990, s. 483; FEYZİOĞLU, **Necmeddin Feyzi**, Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 503-504; AFFOLTER-FRINGELI, **Kurt/VOGEL, Urs**, Berner Kommentar Die elterliche Sorge / der Kindesschutz, Art. 296-317 ZGB – Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB – Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bern 2016, Art.301, N.4.

54 AKINTÜRK/ATEŞ, s. 410; YÜKSEL, **Sera Reyhani**, Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, İstanbul 2016, s. 62. Y.2. HD. 08.05.1997 tarih ve 1997/4971 E. ve 1997/ 4953 sayılı kararında velayet hakkını, “Medeni kanunumuzun hükümlerine göre küçüklerin ve mal varlıklarının bakım ve korunmalarını sağlamak için onların malları ve şahısları üzerinde ana-babanın sahip oldukları görevlerin ve hakların hepsine birden velayet denmektedir. Velayet sadece ana ve babaya tanınmış bir iktidar” olarak tanımlamıştır.

tanımlanamayacağı belirtilmektedir⁵⁵. Roma hukukunda pater familiasın (aile babasının) çocukların bedeni ve ruhu üzerinde mutlak bir egemenliği vardı⁵⁶. Ancak günümüz modern hukuk sistemlerinde velayet hakkının anne babaya çocuk üzerinde bir egemenlik yetkisi verdiği kabul edilebilirse de, bu baskıcı ve tek yanlı bir egemenlik yetkisi değildir⁵⁷.

B. VELAYET HAKKININ SINIRI: ÇOCUĞUN MENFAATI

I. Genel Olarak

Velayet hakkının kapsamı ve kullanılması da hiçbir hak gibi sınırsız değildir. Velayet hakkının kullanılmasındaki sınır TMK 339'da çocuğun menfaati, ÇHS'nin 3. maddesinde çocuğun yüksek yararı olarak belirlenmiştir. Kavram, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 3. maddesinde çocuğun yüksek yararı (*best interest*) ve esenliği (*well-being*), Çocuk Koruma Kanununun 4. maddesi b bendinde “*çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi*”, TMK m. 346'da “*çocuğun menfaati*” olarak geçmektedir. Öğretide de, çocuğun esenliği⁵⁸, çocuğun yararı⁵⁹, çocuğun menfaati⁶⁰, çocuğun güvenliği⁶¹ gibi çeşitli kavramların kullanıldığı görülmektedir. Kavramın çerçevesinin esnek olduğu ve hakkaniyet hukuku (*ius aequum*) kavramlarından olduğu da belirtilmiştir⁶².

Ayrıca bu hükümlerin yanında ve üstünde AY md. 13'te düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilmesi ve bu sınırlamaların, ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı ilkesi de esastır. Çocuğun temel haklarıyla ana ve babanın velayet hakkının çatışması durumunda dengeyi ölçülülük ilkesi (keyfilik yasağı) oluşturmalıdır. Ölçülülük ilkesi; velayet hakkının kullanılmasıyla gerçekleşen müdahalenin ağırlığı ile müdahaleyi haklı kılabilecek nedenlerin ağırlığı arasında uyum ve dengenin sağlanmasıdır⁶³. Çocuğun menfaatinin önceliğinin bulunduğu ve çocuk ile ana babanın hak ve yükümlülüklerinin çatıştığı yerlerde çocuğun menfaatine öncelik verilmesi gerektiği de belirtilmiştir⁶⁴.

Belirtilen metinlerde çocuğun menfaati kavramının bir tanımı yapılmamıştır. Çocuğun menfaati kavramının tanımının yapılamamasının sebebi olarak kavramın, yaş, yaşanan fiziki ve sosyal çevre gibi somut verilere göre değişmesi ve göreceli olması gösterilmiştir. Ayrıca çocuğun

55 SEROZAN, s. 253.

56 SEROZAN, s. 253.

57 YÜKSEL, s. 63; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, Medeni Hukuk, s. 1121.

58 AKINTÜRK/ATEŞ, s. 437, yazarlar “esenlik” ifadesine ek olarak “çocuğun manevi bir tehlikeye karşı karşıya kalması” ifadesini de kullanmaktadır.

59 SEROZAN, s. 65; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 346-347; USTA, s. 136; ABİK, Yıldız, s. 3.

60 ELÇİN GRASSINGER, s. 57; ELÇİN GRASSINGER, Çocuğun Menfaati, s. 824.

61 İNAN, s. 104.

62 ABİK, s. 3, yazar “uyarlanabilir gevşek hakkaniyet” ifadesini kullanmaktadır.

63 SEROZAN, s. 261.

64 ABİK, s. 4.

menfaati tespit edilirken somut olayın tüm esasları dikkate alınarak sadece hukuki değil, sosyolojik, psikolojik, pedagojik açıdan da bir değerlendirme yapılması gerekecektir⁶⁵. Ancak bir tanım verilemese de çocuğun menfaatinin belirlenmesi için bir takım ölçütler belirlenebilecektir. Çocuk lehine pozitif ayrımcılık, çocuğun gelecekteki menfaatinin de dikkate alınması, her ülkenin toplumsal, sosyal gerçekliğinin dikkate alınması gibi ölçütlerle çocuğun menfaatinin belirlenebileceği belirtilmiştir⁶⁶. Çocuğun menfaati belirlenirken kısa ve uzun vadede menfaatinin ne olacağı değerlendirilmeye çalışılmalı, o anki koşullarla sınırlı kalınmamalıdır⁶⁷.

Öğretide verilen tanımlara bakıldığında, GRASSINGER çocuğun menfaatinin, çocuk yetişkin bir kişi olsaydı kendisini ilgilendiren bir olayda kendi yararı için nasıl bir karar verecek idiyse, çocukla ilgili karar verecek kişinin aynı yönde karar vermesi olarak ifade etmektedir⁶⁸. YÜKSEL, çocuk menfaatinin, “*çocukla ilgili bir karar alınırken, onun bedensel, fikri, ahlaksal, duygusal, sosyal, ekonomik ve hukuki bakımlardan sağlıklı ve dengeli biçimde gelişmesine olanak tanıyan seçeneklerden, çocuğun tabiatına ve eğer seçme hakkı kendisine ait olsaydı, makul, ortalama zekâya sahip bir yetişkin olarak kendi yararı için seçmeye yöneleceği en uygun olan seçenek doğrultusunda karar verilebilmesi*” olduğunu ifade etmektedir⁶⁹.

Yargıtay da çocuğun menfaati bakımından şu tanımlı vermektedir: “*Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konudaki üstün yararı belirlenirken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verilebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde vermesi gereken karar; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır.*”⁷⁰

Çocuğun menfaati ilkesi kapsamında bulunduğu kabul edilen bir diğer ilke de çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesidir⁷¹. Çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesinin, ana ve babanın çocuğun olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenleme olanağı tanıma ve onun düşüncesini göz

65 ABİK, s. 9, s. 21; AKKURT, Sinan Sami, “Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velayetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu”, Prof. Dr. Rona Serozana Armağan, İstanbul, 2010, s. 112; AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 301 ZGB, N. 12.

66 ÖZER TAŞKIN, Özden, Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi, YL tezi, Eskişehir 2006, s. 20 vd.

67 SEROZAN, s. 65.

68 ELÇİN GRASSINGER, Gülçin, Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK. md. 346, md. 347, md. 348), İstanbul 2009, s. 60; ELÇİN GRASSINGER, Gülçin, “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, Prof. Dr. Rona Serozana Armağan, İstanbul 2010, s. 827.

69 YÜKSEL, s. 91

70 Y. 2. HD., 9.1.2017, 2016/23862, 2017/7. Ayrıca, “Velayetin düzenlenmesinde veya değiştirilmesinde asıl olan küçüğün yararlarını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır”. Yargıtay H.G.K T. 07.06.2000 E. 2000/2 – 927, K. 2000/974; “Velayetin düzenlenmesinde asılolan çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun yararadır. Çocuğun yararı ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde hakim çocuğun korunması için uygun önlemleri alır”. Yarg. 2. HD., T. 14.12.2004 E. 2004/12249, K. 2004/15059. www.kazanci.com.

71 ABİK, s. 23; İMAMOĞLU, S. Hülya, “Çocuğun Kişiliğinin Ana ve Babaya Karşı Korunması”, AÜHFĐ, C. 54, S. 2, 2005, s. 191.

önünde tutmayı düzenleyen TMK 339/III'ün (İsviçre Medeni Kanunu madde 301) özel bir görünümü olduğu belirtilmektedir⁷².

2. Sünnet Bakımından

Tıbbi zorunluluk olmaksızın, tıbbi kurallara uygun bir şekilde gerçekleştirilen erkek çocukların sünnetinin hukuka uygun olup olmadığı ise özellikle son yıllarda Avrupa ülkelerinde tartışılmakta ve konu, ülkelerin içtihat ve mevzuatlarına da yansımaktadır.

Almanya Köln Eyalet Mahkemesi, 07.05.2012 tarihinde verdiği kararda⁷³, 4 yaşındaki bir erkek çocuğunun ailesinin izniyle ve tıp biliminin gereklerine uygun olarak sünnet edilmesinin, Alman Ceza Kanununun ilgili hükümleri uyarınca kasten yaralama suçunu oluşturduğunu kabul etmiştir. Davanın seyrinde yerel mahkeme, çocuğun ailesinin İslam inancına mensup olduğunu, sünnetin dini nedenlerle, ailenin rızasıyla gerçekleştirildiğini ve müdahalede bir doktor hatası olmadığını belirtmiştir. Köln savcılığı müdahalenin ailenin rızasıyla hukuka uygun hale gelmediği gerekçesiyle istinaf itirazında bulunmuştur.

Kararda Exner karşıt görüş oluşturmuştur ve buna göre anne babanın çocuğu yetiştirme ve dini eğitim verme haklarının çocuğun bedensel bütünlüğü ve kendi geleceğini belirleme hakkından daha üstün olmadığını ve çocuğun sünnet edilmesine rıza gösterilmesinin çocuğun menfaatine aykırı olduğu belirtilmiştir.

Yine karara göre, “*Alman Medeni Kanununun (Bürgerliches Gesetzbuch) 1627. maddesinin 1. cümlesi uyarınca velayet hakkı çocuğun yetiştirilmesine ilişkin olarak sadece çocuğun menfaatine hizmet eden tedbirleri kapsar. Öğretideki baskın görüşe göre, rıza gösteremeyecek bir çocuğun sünnet edilmesi ne dini ve sosyal çevresinden dışlanması ne de anne babanın çocuğu yetiştirme hakkı bakımından çocuğun menfaatine en uygundur denilebilir. Anne ve babanın temel hakları, çocuğun bedensel bütünlüğü ve kendi geleceğini belirleme temel hakkı ile sınırlıdır. Temel haklar da dini özgürlüklerin yerine getirilmesi gerekçesi ile sınırlandırılmaz. Temel haklar tartışıldığında ölçülülük ilkesi dikkate alınmalıdır. Dini yetiştirme amacıyla yapılan sünnet de bedensel bütünlüğün ihlalidir ve gerçekten gerekli olsa bile, her durumda makul kabul edilemez. Buna ek olarak, sünnet ile çocuğun bedeni geri dönülemez bir biçimde değişmektedir. Bu değişim daha sonra çocuğun kendi dini eğilimini belirleme menfaatine de ters düşmektedir. Diğer taraftan, ebeveynlerin çocuğun sünnet olmaya karar verebilecek yaşa ulaşmasını beklemeleri de çocuğu yetiştirme haklarını olumsuz olarak etkilemeyecektir*” denilmektedir.

72 ABİK, s. 25; İMAMOĞLU, s. 192.

73 151 Ns 169/11 sayılı karar, kararın Almanca metni için bkz. https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg_koeln/j2012/151_Ns_169_11_Urteil_20120507.html.

Kararın İngilizce çevirisi için bkz. <https://tr.scribd.com/document/98810698/Cologne-Circumcision-Decision-Translated-6-12#download>. NUHOĞLU, Ayşe, “Sünnet ve Ceza Hukuku”, Prof. Dr. Nur Centelî Armağan, s. 211-219.

Bu karar tıp dünyasını bir çelişkiye sürüklemiş; Müslüman ve Yahudi cemaatini karara karşı birleştirmiştir. Tüm bu tartışmalardan sonra Aralık 2012'de dini gerekliliklerle yapılan sünnete ilişkin Alman Medeni Kanununa bir hüküm eklenmiştir⁷⁴.

Alman Medeni Kanununun (BGB) 1631. maddesine göre⁷⁵, “*Küçüğün bakımına ilişkin hak, kendi kararını veremeyecek erkek çocuğun tıp biliminin kurallarına uygun olarak yürütülecek tıbbi zorunluluk içermeyen sünnetine izin verme hakkını da içerir. Ancak çocuğun menfaatlerine aykırılık söz konusuysa bu kural uygulanmaz.*

Çocuğun doğumundan itibaren 6 ay içinde hekim olmayan ancak sünnet işlemini yerine getirme konusunda özel olarak eğitilmiş kişilerce de sünnet işlemi gerçekleştirilebilir.”

İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen bir somut olayda ise mahkeme, İngiliz anne ile Müslüman Türk bir babanın evliliğinden dünyaya gelmiş erkek çocuğun, daha sonra anne ve babanın ayrıldığı ve velayeti ortak olarak yürüttükleri mevcut durumda, babanın çocuğun sünnet edilmesini istemesine ilişkin talebini değerlendirmiştir. Mahkeme, çocuğun menfaatini esas almış, çocuğun annesinin yanında yaşayan, babanın talepte bulunduğu yaşa kadar Müslüman bir çevrede yetişmemiş biri olduğunu, sünnetin geri dönülemez tıbbi bir müdahale olduğu ve somut olayda çocuk için tıbbi gereklilik olmadığı noktalarından hareketle babanın talebini reddetmiştir⁷⁶.

Sünnet, özellikle İskandinav ülkelerinde de ciddi tartışmalara neden olmaktadır. İsveç'te, 1997 yılında Yüksek Mahkemenin verdiği bir karar sonucu 2001 yılında yetkili doktorlar tarafından yapılacak erkek sünnetinin yaralama suçu oluşturmayacağı hükmü kanunlaşmıştır⁷⁷. Düzenleme uyarınca, anne babanın birlikte velayete sahip olduğu durumlarda her ikisinin de rızasının gerektiği ve çocuğun rıza verebileceği durumlarda onun da onayının alınması gerektiği kabul edilmiş, ayrıca çocuk kaç yaşında olursa olsun, sünnet olmak istememe iradesine de saygı duyulması gerektiği belirtilmiştir⁷⁸. 2008 yılında Danimarka'da Ulusal Çocuk Konseyi (National Council for Children), 15 yaşın altındaki erkek çocukların sünnet edilmesinin yasaklanması yönünde bir kanun kabul edilmesini teklif etmiştir⁷⁹. 2016 yılına gelindiğinde konu hala gündemde olup, anketlerde yüksek oranlarda sünnet karşıtı görüşler bildirilmiş olsa da Danimarka, erkek sünnetini bir insan hakkı olarak kabul etmiştir.

74 Alman öğretisindeki sünnet tartışmaları için bkz. **GÖZTEPE, Ece**, “Din ve Hukuk Arasındaki Çizgi”, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Ankara 2013, Cilt I, s. 296 vd.

75 20.12.2012 (BGBl. I P. 2749), 28.12.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

76 Family Division of The High Court, Wall J, 2, 3, 4 March, 6 May 1999.

77 **SCHIRATZKI, Johanna**, “Banning God's Law In the Name of the Holy Body – The Nordic Position on Ritual Male Circumcisions”, The Family in Law, [Vol. 5:35 2011], s. 37.

78 **SCHIRATZKI**, s. 37.

79 <https://www.crin.org/en/library/news-archive/denmark-plan-ban-all-circumcision>.

III. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Dini ve geleneksel sebeplere dayanarak, velayet hakkı kapsamında erkek çocukların sünnet edilmesine rıza gösterilmesi ile çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkı, dinini seçme özgürlüğü ve tıbbi müdahaleye rıza gösterebileceği olgunlukta olması durumunda söz hakkının olup olmayacağı meseleleri iç içe geçmiştir. Belirtilen hususlar kişinin kişiye sıkı sıkıya haklarıdır ve TMK 16. madde de kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ayırt etme gücüne sahip küçük tarafından bizzat kullanılacağı düzenlemesini içermektedir. Hükmün düzenlemesi esas kabul edilmeli ve özel kanunlardaki sınırlamalar dar yorumlanmalı, her somut olayda küçüğün tıbbi müdahaleye ilişkin olarak kendi kararını bizzat verip veremeyeceği dikkate alınmalıdır. Sünnet konusunda ise kesin bir sonuca varmak son derece güçtür. Çocuğun menfaati değerlendirilirken, yukarıda da belirtildiği gibi, kısa vadeli menfaati değil, ileride doğabilecek psikolojik, sosyal ve kültürel sonuçlar da dikkate alınarak belirlenmelidir. Sünnete rıza gösterme veya reddetme konusunda bir görüş çocuğun sadece vücut bütünlüğüne ilişkin bir karar olmayıp, psikolojik ve sosyal sonuçlar da doğurabilecek bir karardır.

Konu, velayet hakkının kapsamında yer alan dini eğitim verme ve yetiştirme hakkı ile kişinin bedensel bütünlüğü ve kendi geleceğini belirleme hakkının çatışması ve çocuğun menfaatinin ne olduğunun saptanmasını da ilgilendirmektedir. Hakların çatıştığı durumlarda hangi hakkın diğerine üstün tutulması gerektiğine ilişkin olarak öğretide bazı testler öngörülmüştür. Bunlar kısaca şu şekilde özetlenebilir: seçim testi, amaç testi ve çaba testi. Seçim testine göre, belirli bir amacı yerine getirmek için tek yol çatışan haklardan birinin ihlal edilmesiyse, hangi hakkın diğerine tercih edileceği seçimle belirlenir. Bu teste göre haklardan biri diğerine göre daha zayıf konumdadır. Amaç testine göre ise, çatışan haklardan daha güçlü olanın ihlal edilebilmesi daha önemli bir amaç için mümkün olmalıdır. Çaba testine göre ise, hakkın ihlal edilmesini engellemek, hakkı tanımak ve hakkın ihlali sonucu oluşan etkileri tazmin etmek için ne kadar çaba gösterilmesi gerekeceğine göre hak çatışmasında bir hakkı diğerine üstün tutmaktır⁸⁰.

Kendi görüşünü oluşturabilecek olgunluğa ulaştığı kabul edilen ayırt etme gücüne sahip küçüğün sünnet uygulamasını açıkça reddettiği durumlarda, kişinin kişilik hakkı ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı uyarınca görüşü üstün tutulmalıdır. Henüz bu olgunluk derecesine ulaştığı kabul edilemeyen küçük bakımından ise velayet hakkı kapsamında anne ve babanın çocuğun menfaatine uygun olarak rıza gösterebileceği kabul edilmelidir. Türk hukukunda, gerek sosyal yaşamın etkisi gerekse dini inançlar sebebiyle anne ve babanın rızası ile tıbbi kurallara uygun olarak yapılan sünnet uygulamasının hukuka aykırılığına ilişkin bir sav ileri sürülemeyecektir. Ancak, çocuğun kendi menfaatlerini dikkate alabilecek, kararının sonuçlarını öngörebilecek olgunlukta olduğu her somut olayda temel haklarının ve kişilik hakkının üstün tutulması gerekecektir.

80 KAMM, F. M., Conflict of Rights Typology, Methodology, and Nonconsequentialism, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/Conflicts%20of%20Rights.pdf.

KAYNAKÇA

- ABİK, Yıldız**, “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul 2011, s. 1-73.
- ADIGÜZEL, Sibel**, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, TAAD, Yıl:5, Sayı:19 (Ekim 2014), s. 943-995.
- AFFOLTER-FRINGELI, Kurt/VOGEL, Urs**, Berner Kommentar Die elterliche Sorge / der Kindesschutz, Art. 296-317 ZGB – Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB – Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bern 2016.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya**, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, İstanbul 2017.
- AKİPEK, Jale /AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya**, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri/Kişiler Hukuku (1.Cilt) (Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış), Ankara 2018.
- AKKURT, Sinan Sami**, “Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velayetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul, 2010, s.91-120.
- AKYÜZ, Emine**, Çocuk Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2012.
- ARPACI, Abdülkadir**, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 2000.
- BAKTİR ÇETİNER, Selma**, Velayet Hukuku, Ankara 2000.
- BAYGIN, Cem**, Soybağı Hukuku, İstanbul 2010.
- BUCHER, Eugen /AEBI-MULLER, Regina E.**, Berner Kommentar Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB Rechts – und Handlungsfähigkeit, Bern 2017.
- COLEMAN, Doriane Lambelet / ROSOFF, Philip M.**, “The Legal Authority of Mature Minors to Consent to General Medical Treatment” <http://pediatrics.aappublications.org/content/131/4/786#ref-4>.
- ÇİLİNGİROğLU, Cüneyt**, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993.
- DEDE, Emine**, Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları, İstanbul 2017.
- DURAL, Mustafa/ÖğÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2018.
- DURAL, Mustafa/ÖğÜZ, Tufan**, Kişiler Hukuku, İstanbul 2018.
- ELÇİN GRASSINGER, Gülçin**, “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar (Çocuğun Menfaati)”, Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, s.823-846.
- ELÇİN GRASSINGER, Gülçin**, Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK. md. 346, md. 347, md. 348), İstanbul 2009.
- FEYZİOğLU, Necmeddin Feyzi**, Aile Hukuku, İstanbul 1986.
- GÖZTEPE, Ece**, “Din ve Hukuk Arasındaki Çizgi”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, Ankara 2013, Cilt I, s.283-316.
- HAKERİ, Hakan**, Tıp Hukuku, İstanbul 2018.
- HATEMİ, Hüseyin**, Kişiler Hukuku, İstanbul 2017.
- HELVACI, Serap**, Gerçek Kişiler, İstanbul 2017.
- HELVACI, Serap**, Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar), İstanbul 1993.
- HELVACI, Serap**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Korumayı Davalar (MK md. 24/a fıkra I/ İMK md. 28a fıkra I), İstanbul 2001.
- HODGKIN, Rachel /NEWELL, Peter**, Çocuk Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına Dair Kılavuz (Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child), Unicef, Genişletilmiş 3. bası, 2007.

- İMAMOĞLU, S. Hülya**, “Çocuğun Kişiliğinin Ana ve Babaya Karşı Korunması”, AÜHFĐ., C. 54, S. 2, 2005, s. 183-218.
- KAHRAMAN, Zafer**, “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7 Sayı:1 Yıl 2016, s. 479-510.
- KAMM, F. M.**, Conflict of Rights Typology, Methodology, and Nonconsequentialism, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/Conflicts%20of%20Rights.pdf.
- KARAKAŞ, Fatma Tülay**, Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara 2015.
- KÜRŞAT, Zekeriya**, “Analysis of The Concept of “Consent” in Medical Interventions From a Contract Law Perspective”, Law & Justice Review, Year:8, Issue:14, Haziran 2017.
- MICHEL, Margot/RUTISHAUSER, Christoph**, “Referate / Kinder und Jugendliche als Patientinnen und Patienten – Ein Beitrag aus rechtlicher und medizin-ethischer Sicht”, Achte Schweizer Familienrechtstage 28./29. Januar 2016 Zürich, s. 1-31.
- NUHOĞLU, Ayşe**, “Sünnet ve Ceza Hukuku”, Prof. Dr. Nur Centefe Armağan, s. 211-219.
- OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe**, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2018.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe**, “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği, Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, Cilt II, s. 1315-1351.
- ÖZBİLEN, Barış**, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul 2011.
- ÖZENC, Berke**, “Kadın Sünneti: Etnomerkezci Önyargılardan Kültürel Dinamikleri Dikkate Alan Bir Yaklaşım Doğru”, İÜHFĐ C.LXIV, S. 2, 2006, s. 145-166.
- ÖZER TAŞKIN, Özden**, Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi, YL tezi, Eskişehir 2006.
- PETERS, Sabine**, Wenn Kinder anderer Meinung sind Die ethische Problematik von Kindeswohl und Kindeswille in der Kinder – und Jugendmedizin, Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Medizinischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, Göttingen 2013.
- RUHİ, Canan/ RUHİ, Ahmet Cemal**, Velayet Hukuku (En Son Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararları İle), Ankara 2017.
- SCHIRATZKI, Johanna**, “Banning God’s Law In the Name of the Holy Body – The Nordic Position on Ritual Male Circumcisions”, The Family in Law, [Vol. 5:35 2011], s. 35-53.
- SCHLAM, Lawrence/ WOOD, Joseph P.**, “Informed Consent to the Medical Treatment of Minors: Law and Practice”, 10 Health Matrix 141 (2000), s. 141-174.
- SCHNELLER, Lena/BERNARDON, Angelo**, “Freiwilligkeit in der Kinder – und Jugendpsychiatrie im Kontext von Selbstbestimmung und Fürsorge”, ZKE 2016, s. 115-139.
- SEROZAN, Rona**, Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.
- STULTIENS, Loes/ GOFFIN, Tom / BORRY, Pascal/ DIERICKX, Kris**, “Minors and Informed Consent: A Comparative Approach”, 14 Eur. J. Health L. 21 (2007), s. 21-46.
- ŞENOCAK, Zarife**, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFĐ, C.50, S.4, 2001, s. 65-80.
- TACİR, Hamide**, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi**, Aile Hukuku, İstanbul 1990.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi**, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992.
- TROST, Tanja**, “Das elterliche Erziehungsrecht und die Persönlichkeitsrechte des Kindes Eine Untersuchung am Beispiel von Cognitive Enhancement”, FamPra.ch – Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 24, 2017, s. 38-59.

USTA, Sevgi, Velayet Hukuku, İstanbul 2016.

YERDELEN, Erdal, “Hukuki Açıdan Sünnet (Beschneidung)”, Tıp Hukuku Dergisi, Mart 2013, s. 43-74.

YÜKSEL, Sera Reyhani, Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, İstanbul 2016.

ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, Beşir/GÖKYAYLA, Emre, Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ekim 2000.