

# SÜNNET VE CEZA HUKUKU

## *(Circumcision and Criminal Law)*

Ayşe NUHOĞLU\*

### ÖZET

Erkek çocuklar Müslüman ve Yahudi toplumlarında genellikle küçük yaşlarda ebeveynlerinin rızası ile sünnet ettirilmektedir. Almanya/Köln Mahkemesi çocukların sünnet ettirilmesi eyleminin hukuka uygun olmadığını, hem sünnet eden hem de çocuğun sünnet ettirilmesine rıza gösteren ebeveyn açısından kasten yaralama suçunun unsurlarının oluştuğunu kabul etmiştir. Ancak Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenen hukuki hata hükümlerini uygulayarak sünneti gerçekleştiren hekimin ve rıza gösteren ebeveynin cezalandırılmamasını kabul etmiştir. Bu makalede Alman Ceza Kanunu ve Alman Medeni Kanunu ile paralel hükümler içeren Türk hukuku bakımından durum tartışılmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Sünnet, Hukuki hata, Kasten yaralama, İlgilinin rızası

### *Abstract*

Male children in Muslim and Jewish communities are generally circumcised with the consent of their parents. The German Köln Federal Court has accepted that the act of circumcision is illegal, and that the elements of malicious injury are present with regards to both the circumciser and the consenting parents. However, by the application of Article 17 of the German Criminal Code with regards to error in law the Court has decided not to punish the physician whom has executed the act of circumcision and the consenting parents. This article will discuss the situation under Turkish Law which includes parallel provisions with the German Criminal Code and the German Civil Code.

**Keywords:** Circumcision, Error in law, Malicious injury, Consent of the concerned.

---

\* Prof. Dr., Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Kız ve erkek çocukların sünneti çoğu zaman dini gereklilik nedeniyle gerçekleştirilen bir ritüeldir. Sünnet çeşitli şekillerde gerçekleştirilmektedir. Erkek çocuklar gibi kız çocukların sünneti de sözkonusu olmaktadır. Kız çocukların sünnetinin hukuka aykırılığı tartışmasızdır. Kız çocukların sünnetinde herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamaktadır, bulunamaz da. Bu nedenle uluslararası metinlerde de kız çocukların sünnetinin önlenmesi konusunda taraf devletlere çeşitli yükümlülükler getirilmektedir. Örneğin Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi) 38. maddesinde<sup>1</sup> taraf devletlere kadın sünnetinin aynı maddede sayılan şekillerinin suç sayılmasını sağlamak üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu bakımdan kadın sünnetinin herhangi bir koşulda hukuka uygun olduğu ya da olabileceği, cezasız kalması gereği ileri sürülemeyecektir. Nitekim Avusturya Ceza Kanunu'nun 90/1. fıkrası uyarınca erkek çocukların sünnetinin hukuka uygun olduğu kabul edilmekte, ancak aynı paragrafın 2. fıkrasında kız çocukların sünnetinin hukuka uygun olmayacağı belirtilmektedir.

Öte yandan, erkek çocuk sünnetinin, çocuğun sağlığı bakımından yararlı olduğuna ilişkin tartışmalı da olsa görüşler bulunmakla birlikte, kız çocuk sünnetinin çocuk bakımından zararlı olduğu tartışmasız kabul edilmektedir.

Erkek çocukların sünneti konusunda ise, bazı hallerde tıbbi zorunluluklar sünneti gerektirmektedir. Tıbbi zorunluluk nedeniyle gerçekleştirilen erkek çocuk sünnetlerinin hukuka uygun olduğu tartışmasız kabul edilmektedir.

Ancak tıbbi zorunluluk olmaksızın, tıbbi kurallara uygun bir şekilde gerçekleştirilen erkek çocukların sünnetinin hukuka uygun olup olmadığı ise özellikle Avrupa ülkelerinde tartışılmıştır ve tartışılmaktadır. Son olarak Almanya Köln Eyalet Mahkemesi 07.05.2012 tarih (151 Ns 169/11) dosya sayılı Kararı<sup>2</sup> ile konuya değinmiş ve ebeveyninin rızası ile 4 yaşındaki bir çocuğun tıp biliminin gereklerine uygun bir şekilde sünnet edilmesinin Alman Ceza Kanunu'nun 223/1. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçunu oluşturacağını kabul etmiştir. Karara konu olay ve yargılama aşamaları şöyle gelişmiştir:

“Şüpheli 04.11.2010 tarihinde Köln S. caddesindeki muayenehanesinde,

<sup>1</sup> Madde 38 – Kadın sünneti

Taraf Devletler, aşağıdaki kasıtlı davranışların suç sayılmasını sağlamak üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri alır:

a. sağ dış dudak, iç dudaklar ya da klitorisin tümünde ya da herhangi bir kısmında kesme, infibülasyon ya da herhangi bir şekilde sakatlanma yaratan müdahalede bulunma;  
b. bir kadını a bendinde listelenen herhangi bir eyleme maruz kalmaya zorlama veya bu eylemleri bir kadına yaptıрма;  
c. bir genç kıza a bendinde belirtilen eylemlerden herhangi birine zorla maruz bırakma ya da bunları bizzat kendisine yaptırtma.

<sup>2</sup> Kararın almanca metni için bkz. [www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg).

olay anında 4 yaşında olan K1'i, lokal anestezi ile, ebeveyninin isteği üzerine, herhangi bir tıbbi endikasyon olmamasına rağmen bir neşter ile sünnet etmiştir. Çocuğun yarasına dört dikiş atmış ve aynı günün akşamı çocuğu evinde ziyaret etmiştir. Çocuğun kanamasının başlaması üzerine, 06.11.2010 tarihinde çocuk annesi tarafından Köln Üniversitesi Hastanesinin Çocuk Acili kliniğine getirilmiş ve kanama durdurulmuştur.

Köln Savcılığı 04.11.2010 tarihinde, şüpheli hakkında, kişiye karşı tehlikeli araçla bedensel kötü muamele yapmak ve sağlığına zarar vermek suretiyle Alman CK'nun 223/1. ve 224/1-2. bentlerini ihlal ettiği isnadında bulunmuştur.

Köln Sulh Ceza Mahkemesi 21.09.2011 tarihli (528 Ds 30/11) tarihinde şüpheli hakkında beraat kararına ve yargı masraflarının Devlet hazinesi tarafından ödenmesine karar vermiştir. Köln Sulh Ceza Mahkemesinin beraat kararının gerekçesi, sünnetin çocuğun ebeveyninin rızası ile yapılmış olması ve bu rızanın da çocuk yararına olmasıdır. Gerekçede Alman Anayasası'nın 6/2. fıkrasında düzenlenen ebeveynin eğitim hakkı ile yine Anayasa'nın 4/1. fıkrasında düzenlenen ibadet özgürlüğü ile öte yandan Anayasa'nın 2/2. fıkrasında düzenlenen çocuğun beden dokunulmazlığı hakkının karşı karşıya geldiği, bu haklardan ibadet özgürlüğü hakkının üstün hak olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Zira sünnet geleneksel bir davranış olup, kişinin İslam topluluğuna kültürel ve dini bir aidiyetini ifade etmektedir. Aynı zamanda çocuğun damgalanması tehlikesini de barındırmaktadır. Mahkeme aynı zamanda sünnetin, kanseri önleyerek ve ayrıca hijyen sağlayarak önleyici bir tedbir olarak da etkili olduğunu kabul etmiştir. Bu karara karşı Köln Savcılığı istinaf yoluna başvurmuştur.

Köln Savcılığı ebeveynin rızasının sünneti hukuka uygun bir hale getiremeyeceği gerekçesiyle istinaf kanun yoluna başvurmuştur. Savcılık lokal anestezi ile sünnetin yapılmasının acı verici olduğunu, ayrıca çocuk için travma sonucunu doğuracağını, bu nedenle tam narkoz altında yapılması gerektiğini belirtmiştir. Savcının isnadı üzerine kovuşturma başlamıştır. Dava konusu olayda tıbbi hatanın bulunmadığı kabul edilmiştir. Ceza Dairesi, çocuğun ailesinin müslüman olduğunu, sanığın da çocuğun ailesinin dini inançları gereğince istedikleri sünneti gerçekleştirdiğini tespit etmiştir. Ceza Dairesi tarafından alınan bilirkişi raporunda sanığın tıbbi uygulama hatasının bulunmadığı, kusursuz olduğu tespit edilmiştir. Bilirkişi raporunda ayrıca, en azından Orta Avrupa'da sağlık bakımından tehlikeyi önlemek için sünnet zorunluluğu bulunmadığı belirtilmiştir.

Ceza Dairesi sanık hakkında hukuki gerekçelerle beraat kararı verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Ceza Dairesine göre, "Ceza Kanunu'nun 223/1. fıkrasının objektif koşulları gerçekleşmiş, suç oluşmuştur. Ancak Ceza Kanunu'nun 224/1-2 nolu bentde düzenlenen suçun tehlikeli araçla işlenmesi halinin koşulları gerçekleşmemiştir. Zira bir hekim tarafından kullanıldığı sürece neşter tehlikeli araç olarak

nitelendirilemez (karşılaştırınız BGH NJW 1978, 1206; NStZ 1987, 174). Dini gerekçelere dayanan ebeveynin isteği üzerine, tıbbi kurallara uygun bir şekilde mümeyiz olmayan çocuğun sünnet edilmesi, suçun unsurlarından sosyal uygunluk görüşünden bağımsız düşünülemez. Mahkemeye göre, Exner'in (Sozialadäquanz im Strafrecht - Zur Knabenbeschneidung, Berlin 2011, insbesondere Bl. 189 f.) karşı görüşüne dayanan yorum tatmin edici değildir. Sosyal uygunluk görüşüne göre sünnet hukuka uygun olmadığı gibi, ebeveynin rızası yapılan sünneti hukuka uygun bir hale getirmez. Bu görüşe göre, ebeveyn, dolayısıyla sünneti gerçekleştiren hekim Alman CK'nun 17. maddesi uyarınca kusursuz sayılmalıdır. Ebeveynin isteği üzerine sünnetin gerçekleştirilmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Çünkü ebeveynin dini eğitim hakkının, çocuğun bedensel bütünlüğü ve kendi geleceğini belirleme hakkına nazaran üstünlüğü, önceliği bulunmamaktadır. Zira çocuğun sünnet edilmesini istemek, çocuğun yararlarına uygun değildir. Çocuğun yararı ile çatışma halinde olan ve sosyal bakımdan dikkat çekici olmayıp kamuoyu tarafından genellikle tasvip edilen bu eylem alışılmış bir eylem olduğundan 17. madde uyarınca mazur görülemez.

Doğru olan yoruma göre, "sosyal uygunluk"un tipe uygun davranışın tasvip edilmezliği zorunluluğu yanında kendine özgü bir anlamı yoktur. Bir davranışın sosyal uygunluğu, genellikle hukuki açıdan kınanabilirlik hükmü verilemeyeceği anlamındadır. Bu husus mevcut bir kınanabilirliği ortadan kaldırmaz. (Karşılaştırınız Freund in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., vor §§ 13 ff. Rn. 159; aynı görüş Fischer, StGB, 59. Aufl., § 223 Rn. 6 c, anders noch bis zur 55. Aufl., § 223 Rnr. 6 b (55. Baskıya kadar farklı); buradaki gibi: Herzberg, JZ 2009, 332 ff.; aynı yazar Medizinrecht 2012, 169 ff.; Putzke NJW 2008, 1568 ff.; Jerouschek NStZ 2008, 313 ff.; a.A. auch: Rohe JZ 2007, 801, 802 und Schwarz JZ 2008, 1125 ff.)."

Ceza Dairesi, sanığın davranışının 'ilginin rızası' kurumu uyarınca hukuka uygun olamayacağını, yaş bakımından yeterli olgunluğa ulaşmamış dört yaşındaki bir çocuk tarafından verilmiş bir rızanın sözkonusu olamayacağını, ebeveynin rızasının tipe uygun yaralama fiilini hukuka uygun hale getirmeyeceğini belirtmiştir.

Karara göre, "Alman Medeni Kanunu'nun 1627/1. cümlesine göre, velayet hakkı sadece çocuğun yararına hizmet eden yetiştirilmesine ilişkin tedbirleri kapsar. Öğretideki baskın görüşe göre, (karşılaştırınız Schlehofer in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., vor §§ 32 ff. Rn. 43; Lenckner/Sternberg-Lieben in: Schöнке/Schröder, StGB, 28. Aufl., vor §§ 32 ff. Rn. 41; Jerouschek NStZ 2008, 313, 319; wohl auch Exner a.a.O.; Herzberg a.a.O.; Putzke a.a.O.) rıza gösterme ehliyeti olmayan erkek çocuğun sünneti, ne mensubu olduğu dini çevreden dışlanma bakış açısıyla ve ne de çocuğun refahına hizmet eden ebeveynin eğitim hakkı bakış açısıyla çocuk yararına uygun değildir. Anayasa'nın 4/1. fıkrası ve 6/2. fıkrasında düzenlenen ebeveyn hakları, yine Anayasa'nın 2/1. fıkrası ile 2. fıkrasının 1. cümlesinde

düzenlenen çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkı ve bedensel dokunulmazlığı ile sınırlandırılmıştır.

Aynı şekilde temel vatandaşlık hakları, dini özgürlüklerin yerine getirilmesi gerekçesiyle sınırlandırılmaz. (aynı görüş için bkz. Herzberg JZ 2009, 332, 337; derselbe Medizinrecht 2012, 169, 173). Anayasa'nın 2/2. fıkrasının 1. cümlesi, ebeveynin temel haklarına Anayasa'nın doğasına uygun bir sınır getirmektedir. Bu hakların belirlenmesinde ölçülülük ilkesine dikkat edilmelidir. Dini gerekçelerle çocuğun sünnet edilmesindeki beden dokunulmazlığının ihlali, zorunlu olduğu kabul edilse bile, ölçüsüzdür. Medeni Kanun'un 1631/2. fıkrasının 1. cümlesi de bu doğrultudadır. Sünnet ile çocuğun bedeni geri dönüşü olmayan, kalıcı bir şekilde değiştirilmiştir. Bu değişiklik ileriki yaşlarda çocuğun kendi dinini seçim kararı verebilmesi menfaatine aykırıdır. Bu halde ebeveynin velayet hakkı öngörülemez şekilde sınırlandırılmış değildir. Zira ebeveyn çocuğun mümeyyiz olup İslam dininin bir göstergesi olarak sünnete karar vermesini bekleyebilir. (Karşılaştırınız. Schlehofer a.a.O.; a.A. im Ergebnis Fischer, 59. Aufl., § 223 Rn. 6 c; inzident wohl auch: OLG Frankfurt NJW 2007, 3580; OVG Lüneburg NJW 2003, 3290; LG Frankenthal Medizinrecht 2005, 243, 244; ferner Rohe JZ 2007, 801, 802 jeweils ohne nähere Erörterung der Frage). Schwarz (JZ 2008, 1125, 1128), anayasal kriterleri gözönüne alarak, rızanın hukuka uygunluk sonucu doğurduğunu kabul eder. Schwarz sadece Anayasa'nın 4 ve 6. maddelerinde belirtilen hakları gözönüne alır, ancak gözönüne alınması zorunlu olan Anayasa'nın 2. maddesindeki çocuğun haklarını gözönüne almaz. Sadece bu sebeple Schwarz'ın yorumu tatmin edici değildir”.

Karara göre, sanık kaçınılmaz hata ile hareket etmiştir (CK 17/1) bu sebeple kusursuz hareket etmiştir. Sanık duruşmada inandırıcı bir şekilde, iyi niyetle hareket ettiğini ortaya koymuştur. Sanık inançlı bir müslüman ve uzman doktor olarak ebeveynin dini gerekçelerle çocuğu sünnet ettirmek istemesine (hukuken) izin verildiğine inanmıştır. Sanık davranışının hukuka uygun olduğunu düşünmektedir.

Mahkemeye göre, hukuki hata sanık için kaçınılmazdır. Gerçi sanık hukuki durumu araştırmamıştır, ancak araştırmamış olması sanığın aleyhine yorumlanamaz. Hukuki yardım almış olsaydı dahi net bir sonuca ulaşamazdı. Kaçınılmaz hukuki hata, açıklanamayan hukuki sorunlardan doğmuştur. Bu sorunlar öğretiler görüş birliği halinde cevaplandırılmayan, özellikle çok karmaşık hukuki durumlardır. (karşılaştırınız. Joecks in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., § 17 Rn. 58; Vogel in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., § 17 Rn. 75; BGH NJW 1976, 1949, 1950 zum gewohnheitsrechtlichen Züchtigungsrecht des Lehrers bezogen auf den Zeitraum 1971/1972). Olayda böyle bir durum söz konusudur. Ebeveynin isteği üzerine erkek çocuğun sünnet edilmesinin hukuka uygun olup olmadığına ilişkin hukuki sorun, öğreti ve içtihatlarda farklı şekilde cevaplandırılmıştır. Bir hekim tarafından tıbbi kurallara uygun gerçekleştirilen sünnete

ilişkin yukarıdaki mahkemenin kararı gibi kararlar olmakla birlikte, öğretilerde Ceza Dairesinden farklı şekilde meseleyi sonuca bağlayan görüşler de bulunmaktadır.

Yukarıda belirtilen 07.05.2012 tarihli kararda, mümeyyiz olmayan erkek çocukların tıbbi zorunluluk bulunmaksızın sırf dinsel gerekçelerle ebeveynlerinin isteği üzerine sünnet edilmesinin hukuka uygun olup olmadığı, cezalandırılabilir olup olmadığı tartışılmıştır. Sonuçta hukuka uygun olmadığı, eylemin kasten yaralama suçunu oluşturacağı kabul edilmiştir. Bu karar özellikle Almanya'da yaşayan Yahudi ve Müslüman topluluklar tarafından şiddetli bir şekilde eleştirilmiş, protesto edilmiştir. Ancak çok geniş kitleler tarafından tıbbi zorunluluk olmaksızın, sırf dini gerekçelerle çocukların sünnet ettirildiği düşünüldüğünde, Alman kanunkoyucusu özel bir hukuka uygunluk sebebi yaratma yoluna gitmiştir. Konuya ilişkin olarak kanun teklifleri ileri sürülmüştür. Yeşiller grubu sünnetin çocuğun 15 yaşını doldurmasından sonra yapılması halinin hukuka uygun olacağını kabul eden bir teklif ileri sürmüşlerdir. Bu tekliflerde rıza gösterme ehliyeti olmayan çocuğun ebeveyninin rızası ile tıbbi kurallar çerçevesinde sünnet edilmesinin hukuka uygun olmasını, dolayısıyla cezalandırılmamayı sağlayan bir kural olması amaçlanmıştır. 10.10.2012 tarihli Federal Alman Hükümeti Başkanlığı, Federal Meclise 05.11.2012 tarihli bir tasarı sunmuştur. Bu Kanun tasarısı 20.12.2012'de kanunlaşarak, 27.12.2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Erkek çocuk sünnetinin hukuka uygun olmasını sağlamak amacıyla Alman Medeni Kanunu'na aşağıdaki 1631 d maddesi eklenmiştir. Madde metni şöyledir:

Paragraf 1631 d Erkek çocuğun sünneti

(1) Velayet hakkı aynı zamanda, rıza gösterme ehliyeti olmayan erkek çocuğun tıbbi açıdan zorunlu olmayan, tıbbi kurallara uygun bir şekilde yapılan sünnetine rıza göstermeyi de kapsar. Sünnetin amacı gözönüne alındığında çocuğun yararını tehdit etmesi halinde yukarıdaki hüküm geçerli değildir.

(2) Çocuğun doğumundan itibaren ilk altı ay içinde, hekim sıfatı bulunmayan, sünnet konusunda özel bir eğitim alan ve bir hekim gibi sünneti gerçekleştirme ehliyeti olan dini bir topluluk tarafından yetkili olduğu kabul edilen kişi 1. fıkraya uygun bir şekilde sünneti gerçekleştirebilir.

Görülebileceği üzere Alman kanunkoyucusu çocuğun ebeveyninin rızası ile sünnet ettirilmesinin suç olmasını önlemek için özel bir yasal düzenleme yapmak gereği duymuştur.

Avusturya hukukunda da bu konuda yasal düzenleme bulunmaktadır. Avusturya Ceza Kanunu'nun "mağdurun rızası" başlıklı 90. paragrafın 3. fıkrasında, birinci fıkraya uyarınca yaralanan veya tehlikeye maruz kalan kişinin rızasının varlığı halinde, geleneklere aykırı olmayan bedensel dokunulmazlığı ihlal eden veya ihlal tehlikesi içeren fiillerin hukuka aykırı olmadığı belirtilmiş, aynı maddenin

3. fıkrasında kadın sünnetini madde kapsamına almamak için, “genital organların sakatlanmasının veya diğer şekillerde yaralanmasının, daha sonra kişinin cinsel yaşamında dezavantajlar getirecek olması veya dezavantajlar getirmeye elverişli olması halinde ilgilinin rızasının geçerli olmadığı hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda belirtilen mahkeme kararında, eylemin kasten yaralama suçunun unsurlarını oluşturduğu kabul edilmesine rağmen ebeveynin ve sünneti gerçekleştiren hekimin hukuki hata hükümleri uygulanarak cezalandırılmaması yoluna gidilmiştir.

Hukuki hata konusu Alman Ceza Kanunu’nun 17. maddesinde (Türk Ceza Kanunu’nun 30/son fıkrasında) düzenlenmiştir. Alm. CK 17. maddeye göre, fail, fiilin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Failin hatası kaçınılmaz bir hata ise, ceza 49. maddenin 1. fıkrasına göre indirilebilir<sup>3</sup>.

Alman Federal Yargıtayı bir ilke kararı ile<sup>4</sup>, kusurun bir unsurunun da hukuka aykırılık bilinci olduğunu kabul etmiştir. Bu karara göre, failin gerçekleştirdiği fiilin cezalandırılabilir bir fiil olduğunu, suç olduğunu bilmesi şart değildir. (Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.) Ancak bu fiilin hukuk düzenini ağır bir şekilde ihlal ettiğini bilinmesi gerekir. Şayet failde bu hukuka aykırılık bilinci bulunmamakta ise kusurlu bir hareket gerçekleştirdiği kabul edilemez<sup>5</sup>. Fail fiilinin hukuk düzenince kabul edildiği, toplumsal kurallara aykırı olmadığı bilinci ile gerçekleştirmişse kusurlu hareket etmemiştir.

Mahkeme sünneti gerçekleştiren hekim ve sünnete rıza gösteren ebeveynin cezalandırılmayacağını kabul etmişse de, eylemin suç olduğu sonucuna varmıştır. Kararda sünnet eylemini hukuka uygun hale getiren bir sebebin bulunmadığı tespitinde bulunulmuştur.

Gerçekten Alman öğretisinde sünnetin, çocuğu belli hastalıklardan koruduğu, hijyenik açıdan faydalı olduğunun sabit olmadığı, bu nedenlerle de hukuk düzeninin sünnete izin vermediği belirtilmektedir<sup>6</sup>.

Öte yandan ebeveynin rızasının sünneti hukuka uygun hale getirebilmesi için, rıza üzerine yapılan işlemin çocuğun yararlarına uygun olması gerekir. Çocuğun yararı, çocuğun iradesinden bağımsız objektif olarak değerlendirilmelidir. Aksi hal-

<sup>3</sup> Alman Ceza Kanunu’nun Türkçe tercümesi için bkz. Yenisey/Plagemann, Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009.

<sup>4</sup> BGHSt 2, 194. (aktaran Schroeder, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Grosskommentar 11. Neu bearbeitete Auflage, 1. Band, Berlin, 2003, § 17, k. no: 1.

<sup>5</sup> Jescheck, tercüme den Yenisey, Alman Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2007, s. 40: Schroeder, § 17, k.no: 3.

<sup>6</sup> Putzke, Holm; Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, 2008, Tübingen, s.692.

de okula gitmek istemeyen çocuğu, okula göndermeyen ebeveynin davranışının hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Alman öğretisinde de sünnet fiilinin çocuğa acı, ıstırap verdiği, beden dokunulmazlığının ihlali niteliğinde olduğu bu nedenle de kasten yaralama suçunun unsurlarını oluşturacağı genellikle kabul edilmektedir. Konu Türk Ceza Kanunu açısından incelendiğinde de, sünnet, kasten yaralama suçuna ilişkin kanunun lafzına uygun bir hareket olarak kasten yaralama şekli unsurlarını oluşturduğunu kabul etmek gerekir. Fail sünnet ile kanuni tanımında belirtilen hareketi gerçekleştirmiş olmasına rağmen cezalandırılmamaktadır. Gerçekten Türk Ceza Kanunu'nun kasten yaralama başlıklı 86. maddesine göre, kasten yaralama, kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olmaktadır. Sünnet eyleminde de, çocuğun beden bütünlüğünün ihlal edildiği, çocuğa acı ıstırap verildiği tartışmasızdır. Alman Ceza Kanunu ve Alman Medeni Kanunu ile Türk Ceza Kanunu ve Türk Medeni Kanunu arasındaki paralellikler, benzerlikler bulunduğu açıktır.

Erkek çocukların sünnetinin hukuka uygunluğu konusu Türk hukuku bakımından ele alındığında, mevzuatta buna izin veren özel bir düzenlemenin olmadığı görülecektir. Burada hareketin sosyal uygunluğu teorisi kabul edilerek, sünnetin hukuka uygun olduğu veya kasten yaralama suçunun tipiklik unsurunun gerçekleşmediği ileri sürülebilir<sup>7</sup>. Sosyal hareket teorisine göre, hareket, insanın ihmal veya icra şeklindeki toplumsal önemi olan davranışdır. Bu teoriye göre, hukuka uygunluk sebepleri içinde hareketin sosyal uygunluğu başlığı altında bir hukuka uygunluk kaynağı yaratılabilir. Diğer bir ifade ile hareket toplum yaşamına uygun ise veya aykırı değilse bu hareket hukuka aykırı da olmaz. Hareket objektif olarak sosyal uygunluk içinde gerçekleştirildiği takdirde hukuka uygun olur<sup>8</sup>.

Maddi hukuka aykırılık kavramından hareketle de sünnet etme veya ettirmenin hukuka aykırı olmadığı iddia edilebilir. Nitekim Yargıtay bazı kararlarında maddi hukuka aykırılık kavramından yola çıkarak, suçun oluşması için sırf biçimsel hukuka aykırılığın yeterli olmadığını belirtmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 28.03.1983 tarihli kararına<sup>9</sup> göre; "Sırf biçimsel bir hukuka aykırılık kavramı, hukuka uygunluk sebeplerini sadece müsbet hukukta aramak ve kanunun sustuğu yerlerde, yapılan hareket ne derece haklı ve meşru görülürse görülsün, faili cezalandırmak sonucuna götürür. Biçimsel hukuka aykırılık esasını kabul etmek, teknik hukuk açısından doğru ve yerindedir, fakat sosyal hayatın gereklerine bazı hallerde tam anlamıyla cevap verecek nitelikte değildir. Böyle olunca, kanunun suç saydığı bir fiil işlendikte, o fiili suç saymakta güdülen amaca, kanunun asıl fik-

<sup>7</sup> Hareketin sosyal uygunluğunun, hukuka uygunluk sebebi mi olduğu, yoksa tipikliği ortadan kaldıran bir unsur mu olduğu konusu öğretilerde tartışmalıdır.

<sup>8</sup> Önder, Ayhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 1989, s. 35 vd.

<sup>9</sup> CGK, 28.03.1983, 8-56/144.



rine “ratio legis” e bakmak gerekir: Yapılan hareketin bu amaca girdiğine kanaat getirildiği anda, hukuka aykırılık vardır ve bir takım düşüncelerle aynı hareketin “adil” veya “haklı” sayılabilesinin hiçbir rolü yoktur; buna karşılık hareketin sözü geçen amaca uygun olmadığı, kanunun bu türden hareketleri yasaklayıp cezalandırmak amacını güdemeyeceği sonucuna varıldıkta, fiil hukuka uygundur ve hukuka uygunluğu belirten halin kanunlarda yazılı olup olmaması bakımından bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Ceza Hukuku’nun da zımni sınırları vardır. Maksatsız hukuk ve suç olamayacağı gibi; amacın ötesinde bir hukuka aykırılık da bulunamaz (Valetta, 38; Dönmezer - Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, 7. Bası, Sahife 19 ve devamı)”.

Alman Yüksek Mahkemesi de bazı kararlarında sosyal yarar teorisini uygulamaktadır. Yüksek Mahkeme<sup>10</sup> “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” olduğunu, dolayısıyla cezalandırılmayacağını belirtmiştir.

Sonuç olarak, Türk hukukunda ebeveynin rızası ile tıbbi kurallara uygun bir şekilde gerçekleştirilen erkek çocuk sünnetinin hukuka uygun olduğunun kabul edilebilmesi için özel bir düzenlemeye gerek olmadığı belirtilmelidir. Toplumsal yaşama uygun, toplumu rahatsız etmeyen bir hareketin cezalandırılması, toplum vicdanını rahatsız edecek, cezalandırmadan beklenen amaçların gerçekleşmesine hizmet etmeyecektir. Erkek çocukların sünnet ettirilmesi toplumu rahatsız etmeyen, sosyal yaşama uygun bir davranıştır. Aksi davranış, çocuğun sünnet ettirilmesi belli bir yaşta sonra çocuğun arkadaşları arasında dışlanmasına, bu suretle çocuğun zarar görmesine neden olabilecek bir husustur.

<sup>10</sup> BGHSt 23, 228.

