

CEZA HUKUKUNDA ÇOCUĞUN RIZA AÇIKLAMA EHLİYETİ

CHILD'S CAPACITY TO CONSENT IN CRIMINAL LAW

Ezgi AYGÜN EŞİTLİ*

Özet: Ehliyet karar vermek için bilgiyi anlama ve kullanma yeteneğidir. Fiile rıza göstermeye ehil olan bir kimse kararına esas olan fiile ilişkin bilgiyi anlamalı ve kararının öngörülebilir sonuçlarını kavramalıdır.

Çalışma, ceza hukuku açısından çocukların rıza ehliyetine ilişkin bilgilere yer vermek çabasıdır.

Anahtar sözcükler: Çocuk, ehliyet, rıza

Abstract: Capacity means the ability to use and understand information to make a decision. A person is capable of consenting to the act if the person is able to “understand” the information that is relevant to making a decision about the act and “appreciate” the reasonably foreseeable consequences of a decision.

This study attempted to obtain data on the capacity to consent of children in light of criminal law.

Keywords: Child, capacity, consent

I. ÇOCUĞUN RIZASI

1. Rıza

Rıza, 5237 sayılı TCK (Türk Ceza Kanunu)' nun 26/2. maddesinde genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Buna göre; “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez”. Dolayısıyla kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olan bir fiile rıza göstermesi halinde, fiil daha başından itibaren hukuka uygun kabul edilecektir.

* Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku

Genel olarak rıza herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Ancak Kanun' un bazı özel hükümlerinde, örneğin insan üzerinde deney suçu söz konusu olduğunda¹, rızanın özel şekil şartına bağlanmış genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak tezahür ettiğini gözlemlemek mümkündür.

TCK' nun 6/1-b maddesi gereği çocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılmalıdır.

Çocuklar, hem fiziki ve psikolojik yapıları, hem de hukuki statüleri gereği yetişkinlerden ayrılmakta, bu nedenle de rızaya ehliyet bakımından ayrıca değerlendirilmeleri gerekmektedir.

Özellikle TCK' nun ikinci kitabının ikinci kısmında yer alan kişilere karşı suçlar bakımından çocuğun fiile rızası önem taşımaktadır.

2. Rızaya Ehliyet

Kendi vücudu üzerinde müdahalede bulunulmasına razı olan kimsenin bu rızayı açıklamaya ehil olması gerekmektedir.

Rıza konusunda kişinin o somut olayda anlama ve isteme yeteneğinin (temyiz gücünün) olup olmadığına bakılır. Yapılacak işleme ilişkin anlama ve isteme yeteneğini ortadan kaldıracak derecede akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, sağırlık-dilsizlik veya bilinç kaybı gibi arızı nedenlerin mevcudiyeti halinde temyiz gücü yoktur². Bu duruma ceza hukukunda isnat yeteneğinin yokluğu denmektedir. Ancak biz çalışmada, isnat yeteneği ceza hukukunda fail açısından kabul edilmiş bir kurum olduğu içindir ki özel hukukta kullanılan "temyiz gücü" tabirini karşılar şekilde "anlama ve isteme yeteneği" ifadesini kullanmayı tercih ettik. Zira kendisine karşı gerçekleştirilen fiile rıza gösteren kimse fail değil, mağdur konumundadır. Dolayısıyla fiili işlediği esnada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların TCK' nun 31. maddesi gereği fail olarak isnat yetenekleri yok kabul edildiği için cezai sorum-

¹ Çocuk üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmesi için; deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması, herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması ve rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması gerekir (Bkz., TCK, md. 90).

² Boran, B.: "Aydınlatılmış Rıza", *Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara)*, Ankara 2008, s. 86.

lulukları doğamazsa da aynı durumdaki çocukların, suçun mağduru olmaları bakımından anlama ve isteme yeteneğinde kabul edilmiş bir yaş sınırı söz konusu olmadığından, her somut olayda bu yeteneğe sahip olup olmadıkları araştırılacak, temyiz gücüne sahip olmaları halinde ise aksine bir düzenleme olmadıkça rızalarını geçerli kabul etmek gerekecektir.

Rızayı açıklamaya ehil olan kişi, gerçekleştirilecek olan fiilin esasını, amaç ve kapsamını, sonuçlarını, öngörülen risk ve külfetlerin etkisini ölçebilmeli, muhtemel fayda ve zararlarını değerlendirebilecek durumda olmalıdır. Sonuç itibariyle değerlendirilmesi gerekli nokta, o kimsenin o somut olaya münhasır olarak rıza açıklama yeteneğine sahip olup olmadığı, somut olayda fiilin kapsam ve sonuçlarını anlayıp anlayamadığıdır³.

II. ÇEŞİTLİ SUÇLAR BAKIMINDAN RIZA EHLİYETİ

1. Yaralama Suçunda Çocuğun Rıza Ehliyeti

Anayasa' nın 17. maddesi uyarınca; herkesin vücudu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkı vardır. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz.

Yargıtay bir kararında, kanunda yazılı haller dışında ve yaralama suçunun şikâyete tabi halleri haricinde mağdurun rızasıyla vücut bütünlüğünün ihlal edilemeyeceğini belirtmiştir⁴.

Bu görüş eleştirilerek, şikâyete tabi olmamakla beraber ferdin üzerinde tasarruf edebileceği konulara ilişkin suçların da bulunduğu ileri sürülmüştür⁵.

Biz, yaralama suçunun basit tıbbi müdahaleyle giderilemeyen halleri kanunen şikâyete tabi olmadığından⁶, rızanın işlemi hukuka uy-

³ Gunn, M. J./Wong, J.G./Clare, I. C. H./Holland, A. J.: "Decision-making capacity", *Medical law review*, 7, autumn 1999, s. 269 vd.; Erkan, V. U./Yücer, İ.: "Ayrırt Etme Gücü", *AÜHF Dergisi*, C. 60, S. 3, Ankara 2011, s. 489 vd.

⁴ Bkz.; Yargıtay CGK, 01.02.2005 T., 2004/9-213 E., 2005/3 K. Bkz. aynı yönde; İçel, K./Sokullu A., F./Özgenç, İ./Sözüer, A./Mahmutoğlu, F. S./Ünver, Y.: *Suç Teorisi*, İstanbul 2000, s. 188.

⁵ Dönmezer S./Erman, S.: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, GK., C. II*, İstanbul 1997, s. 75.

⁶ TCK' nun 86. maddesi gereği; "Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağ-

gun kılamayacağını düşünüyoruz. Zira kanun koyucu yaralamanın bu halini diğer halinden farklı olarak şikâyete tabi kılmamakla birlikte, mağdurun rızası olsa, dolayısıyla şikâyeti olmasa dahi suçun kovuşturulması gerektiğini belirtmektedir. Şu halde basit tıbbi müdahaleyle giderilebilenin ötesinde yaralamaya gösterilen rıza, soruşturma ve kovuşturma için şikâyet şartının aranmaması nedeniyle, kanunen geçersiz sayılmalıdır.

Öte yandan basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek yaralama fiiline⁷ yetişkin bir kimsenin gösterdiği rıza değil mi ki kişinin vücudu üzerinde tasarrufta bulunma hakkı vardır ve Kanunda aksine bir kayıt bulunmamaktadır, kural olarak hukuka uygundur.

Anlama ve isteme yeteneğine sahip çocuklar açısından değerlendirilecek olursa; genel olarak Ceza Hukuku bakımından Kanun belli bir suçta mağdurun yaşını söz konusu etmişse bu yaştan küçük bir kişinin açıkladığı rızanın hukuki değeri yoktur. Aksi takdirde; yani rızada mağdurun yaşının kanunen etkili olmadığı hallerde meseleyi temyiz gücü bakımından ele almak ve somut olayda mağdurun makul bir şekilde hareket ettiğini kabul için yeterli sebepler bulunduğu takdirde rızasına değer tanımak daha uygun olur⁸.

TCK' nun 86/3-b bendi gereği kasten yaralama suçunun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi halinde şikâyet aranmaz. O halde bu durumdaki

lğının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde, *mağdurun şikâyeti üzerine*, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükümlenir”.

7 765 sayılı TCK, takibi şikâyet bağlı kasten yaralama suçunu, kasten yaralama suçundan ayırmada, “hiçbir hastalığı veya mutad iştigallerden mahrumiyeti mucip olmama” veya “bu hallerin on günden ziyade uzamaması” kriterini getirmişti. Elbette buna karar verecek olan adli tabiptir. Ancak zaman unsuru her hekim bakımından olabildiğince ortak bir değer olduğundan, tıbbi tahminde keyfiliğe yer vermemektedir. 5237 sayılı TCK, bu kritere itibar etmemiş, “fiilin kişi üzerindeki etkisinin basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması” kriterini getirmiştir. Kanun, koyduğu nesnel olmayan bu ifadeyle hakimleri kararlarında keyfiliğe sürüklemiştir (Hafızoğulları, Z./Özen, M.: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010, s. 75).

8 Dönmezer/Erman, s. 71; Şenocak, Z.: Küçükün Tıbbi Müdahaleye Rızası, <http://auhf.ankara.edu.tr>, yararlanma tarihi: 07.08.2008; Artuk, M. E./Gökçen, A./Yeni-dünya, C.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s.466.

bir kimsenin verdiği rıza, yaralama basit tıbbi müdahaleyle giderilebilir ölçüde olsa dahi geçerli bir rıza kabul edilemez.

Çocuğu beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak kişi kapsamında değerlendirmek, dolayısıyla da şikâyetini aramaksızın basit tıbbi müdahaleyle giderilebilir yaralama suçunu soruşturmak ve kovuşturmak mümkündür. Ancak bu yönde bir kabul özellikle çocuğun çocuğu, örneğın sınıf arkadaşlarından birinin diğeriğın parmağın, rızası dâhilinde kan kardeşi olmak adına hafifçe kanatması halinde, içinden çıkılması zor sonuçlara götürebilir. Zira beden ve ruh bakımından eşit konumda olan iki kimse söz konusu olduğunda, diğeriğın beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olduğunu söylemek ve suçü şikâyete tabi olmaktan çıkarmak yerinde değıldir. Dolayısıyla her somut olayda; soruşturma aşamasında cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında hâkim, mağdur çocuğun kendisini savunamayacak durumda olup olmadığını ayrıca değerlendirmelidir. Soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı mağdurun kendisini savunamayacak durumda olduğunu tespit etmişse çocuğun şikâyetçi olmamasına değer tanımamalı ve bu evrenin sonunda diğeriğın unsurların da mevcut olması halinde kamu davasını açmalıdır. Aksi durumda, yani çocuğun kendisini savunabilecek olması halinde ise şikâyet söz konusu olmadığından kovuşturmaya yer olmadığına karar vermelidir. Kovuşturma esnasında çocuğun kendisini savunabilecek durumda olduğunun tespit edilmesi halinde çocuk fiile rıza göstermişse, geçerli rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak suçü ortadan kaldırdığından 5271 sayılı CMK'nun 223/2-d⁹ ve 223/9.¹⁰ maddeleri gereği hâkim derhal beraat kararı vermelidir.

TCK'nun 89/5. maddesi uyarınca; taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağılıdır. Dolayısıyla bu hallerde çocuğun rızasını da geçerli kabul etmek gerekecektir. Ancak, TCK'nun 89/2, 3, 4. fıkralarında ifade olunan taksirle nitelikli yaralama hallerinin bilinçli taksirle işlenmesi durumunda şikâyet aranmaktadır.

⁹ "Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde beraat kararı verilir".

¹⁰ "Derhâl beraat kararı verilebilecek hâllerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez".

Yukarıdaki haller çocuğun hem rıza gösterdiği hem de şikâyetçi olmadığı durumları irdelemektedir. İstisnai olarak çocuk şikâyete tabi yaralama suçuna rıza göstermesine karşın fiilin ardından şikâyetçi olabilir. Ancak verilen rıza fiil tüketildikten sonra geri alınamayacağından geçerliliğini korur. Söz konusu halde Cumhuriyet savcısı hukuka uygunluk nedeninin varlığını tespit etme yetkisine sahip olmadığından kamu davasını açmalı, kovuşturma aşamasında hâkim hukuka uygunluk nedeninin varlığı sebebiyle beraat hükmü vermelidir.

Öte yandan çocuğun rıza göstermemesine rağmen şikâyetçi olmaması halinde şikâyet muhakeme şartı olduğundan soruşturma ve kovuşturmayla engel olacak, dolayısıyla hukuka uygunluk nedeninin yokluğu tespit edilemediğinden failin cezalandırılması söz konusu olamayacaktır.

Mağdur çocuğun rızasının bulunmadığı ve şikâyetçi olduğu basit tıbbi müdahaleyle giderilebilir yaralama durumlarında, fail de çocuksa, bu kez fail açısından TCK' nun 31. maddesi¹¹ gereği isnat yeteneğine ilişkin hükümler uygulanma kabiliyeti bulacaktır.

2. Tıbbi Müdahalelerde Çocuğun Rıza Ehliyeti

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi gereği hekimler her tür tıbbi müdahale için hastanın rızasını almalıdır.

¹¹ "Madde 31- (1) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

(2) (Değişik: 29/6/2005 - 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz.

(3) (Değişik: 29/6/2005 - 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz".

Doktrinde bazı yazarlar, müdahale ne kadar ağır sonuçlar öngörüyorsa, rıza yeteneği konusundaki kıstasların da o kadar ağır olması gerektiğini, buna karşılık herhangi bir zararlı etkinin öngörülmediği basit müdahalelerde veya hayati tehlike dolayısıyla derhal müdahalenin gerekli olduğu durumlarda, bu konudaki ölçütlerin daha gevşek olabileceğini belirtmektedir¹². Biz burada önemli olan noktanın müdahalenin ağırlığından ziyade, ister basit ister girift olsun, üzerinde müdahalede bulunulacak kişinin müdahaleyi tüm kapsam ve sonuçlarıyla kavrayabilecek ehliyete sahip olması olduğunu düşünüyoruz. Zira bir müdahale ne kadar basit olursa olsun, bu durum hekime rıza ehliyetini değerlendirmek noktasında daha dikkatsiz ve özensiz davranmak yetkisini vermez. Diğer taraftan pek tabi bir kimsenin örneğin kanının alınmasına rıza göstermesi, basitliğinden ötürü bu kimsenin uygulamanın kapsam ve sonuçlarını daha kolay algılamasına sebep olacağından, rıza ehliyeti için aranan kıstas da örneğin bir bilimsel deneyde rıza ehliyeti açısından aranan kıstasa göre daha düşük olacaktır.

Gönüllünün rıza yeteneği olup olmadığını hekim denetleyecektir. Ağırlıklı görüşe göre, çocuğun temyiz gücü olduğunu kabul için yeterli nedenler varsa, rızasına değer tanınmalıdır¹³.

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi uyarınca; tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her tür ameliye için eğer hasta küçükse veli veya vasisinin rızasını alırlar. Büyük cerrahi müdahaleler için bu rızanın yazılı olması lazımdır. Rızanın sözlü ve gereken hallerde yazılı olarak açıklanmasıyla beraber, rıza hukuk alanında sonuç doğurur. Rıza tıbbi müdahale yapılmadan önce veya en geç yapıldığı anda verilmelidir. Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı ve¹⁴ üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde bu şart aranmaz.

¹² Hakeri, H.: Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 152.

¹³ Boran, s. 90.

¹⁴ Kanun metnindeki "veya" ifadesini "ve" olarak anlamak ve lâfzî yorumdan kaçınarak sistematik bir yorumda bulunmak kanunun amacına daha uygun olacaktır. Aksi yönde bir kabul, hastanın ifadeye muktedir olmadığı her halde, veli ya da vasisi olsa dahi bunların rızasını almaksızın müdahalede bulunulması riskini taşıyacaktır. Şu halde veli ya da vasisinin olmaması veya bulunmaması ve üzerinde müdahale gerçekleştirilecek şahsın da rıza verebilecek bir durumda olmaması halinde rıza şartı aranmayacaktır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde de benzer bir ifade kullanıldığından, yukarıda söylediklerimiz, bu yönetmelik açısından da geçerlidir.

Hasta Hakları Yönetmeliği' nin 24. maddesi uyarınca; kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi mahkeme kararına bağlıdır. Kanuni temsilciden veya mahkemedен izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz. Hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir. Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.

Her ne kadar 1219 sayılı Kanun' un 70. ve Hasta Hakları Yönetmeliği' nin 24. maddesi; "hasta küçükse hekim velinin rızasını alır" demekten de MK' nın 16. maddesi, "ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir" demek suretiyle, temyiz gücüne sahip küçüklerin bedenleri üzerindeki müdahalelerde kanuni temsilcinin rızasının gerekli olmadığını belirtmektedir. Zira kişinin bedeni üzerindeki hakları şahsına sıkı sıkıya bağlı olan haklarındanır.

Şu halde iki ayrı kanunda yer alan birbiriyle çelişik iki ayrı hüküm söz konusudur. Ancak 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 1928 tarihlidir ve bu sebeple 2001 tarihli Medeni Kanun "sonraki tarihli kanun" olarak öncelikle uygulanma kabiliyetine sahiptir. Her ne kadar önceki tarihli özel kanunun sonraki tarihli genel kanunun genel bir hüküm ihtiva eden maddesine göre öncelikle uygulanması gerektiğini savunanlarca bu yaklaşıma; MK' nın genel nitelikte, 1219 sayılı Kanunun ise özel nitelikte kanun olduğu, bu sebeple 1219 sayılı Kanunun öncelikle uygulanması gerektiği yönünde bir eleştiri getirilebilirse de Biyotıp Sözleşmesi, 6.2. maddesinde; "yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir. Küçüğün fikri; yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınmalıdır" diyerek, küçüğün de tıpkı

MK' nun 16. maddesinde belirtildiği gibi temyiz gücüne, yani muvafakat verme yeteneğine sahip olabileceğini belirtmektedir.

Biz, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin Kanunlara nazaran üst norm olduğu, hatta Anayasa' nın değiştirilemez 2. maddesinde ifade olunan 'insan haklarına saygılı' ifadesi normun normatif unsuruna dâhil olduğundan, bu ifadenin anlam ve kapsamının ancak Türkiye' nin tarafı olduğu insan hakları sözleşmeleriyle açıklanabileceği, bu nedenle de söz konusu sözleşmelerin Anayasa hükmünde kabul edilmesi gerektiği kanısındayız. Ancak her ne kadar Anayasa' nın 90. maddesi; "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, bu sözleşmeler hakkında Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulamaz¹⁵" demekle söz konusu Sözleşmelerin normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde yer aldığını belirtilmekte ise de aynı maddede bu sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu da ifade edilmektedir. Bir şey aynı anda hem kanun hükmünde hem de kanunların üstünde olamaz. 90. maddede varolan bu çelişki, Anayasa' nın değiştirilemez 2. maddesiyle uyumlu olacak bir şekilde yeniden düzenlenmelidir.

Ancak söz konusu tartışmalara girmeksizin bu hukuki sorunu çözmek mümkündür. Zira Biyotıp Sözleşmesi Kanun hükmünde kabul edilse dahi, Sözleşme' nin uygun bulunduğu Kanun, 1219 sayılı Kanun' a nazaran sonraki tarihli özel kanun niteliği taşıdığından öncelikle uygulanmalı, 1219 sayılı Kanun' un ilgili hükmü bu sözleşme ve eki Protokol' e aykırı olmayacak şekilde yorumlanmalıdır.

Dolayısıyla kural olarak temyiz gücüne sahip küçüğün de rızası alınmalı, hatta küçüğün rızasına tek başına değer tanınmalı, küçük temyiz gücüne sahip değilse, bu kez veli/vasisinin rızasıyla tıbbi müdahalede bulunulmalıdır.

¹⁵ Öğretide bir görüş, uluslararası sözleşmelerin, ancak kişi hak ve hürriyetlerinin kullanımını ve korunmasını genişlettiğinde öncelikle uygulanması gerektiği, aksi halde Kanunlara uygulanma üstünlüğü tanınmasının yerinde olacağı yönündedir (Bkz., Şen, E.: "İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları", *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu/28 Şubat-01 Mart 2008 Ankara)*, Ankara 2008, s. 627).

Öte yandan kanunlardaki çelişkili ifadeler sebebiyle, 1219 sayılı Kanun' un ilgili hükmü iptal edilmedikçe, uygulamada karışıklığa mahal vermemek adına müdahaleye hem temyiz gücüne sahip küçüğün hem de veli/vasisinin rızasını almak yerinde olacaktır. Şu kadar ki temyiz gücüne sahip küçüğün iradesiyle veli/vasisinin iradesi çatıştığında, değil mi ki şahsa sıkı sıkıya bağlı olan bir hak söz konusudur, küçüğün iradesine üstünlük tanınmalıdır.

3. İnsan Üzerinde Deney Suçunda Çocuğun Rıza Ehliyeti

İnsan üzerinde deney suçunun düzenlendiği TCK' nın 90/3-b maddesi; rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun ana-baba veya vasisinin yazılı rızasının yanı sıra üzerinde deney yapılacak küçüğün kendi rızasını da aramakta, böylece henüz 18 yaşını doldurmamış bir küçüğün de temyiz gücüne sahip olabileceğini göstermektedir.

Öte yandan bu Kanun, özel olarak rıza ehliyetine sahip olan gönüllü küçüğün rızasının yanı sıra veli/vasisinin de rızasını aradığından, genel kuraldan ayrılmakta ve temyiz gücüne sahip çocuğun rızasını tek başına geçerli kabul etmemektedir.

Amerikan Pediatri Akademisinin önerilerine göre çocuk hastalardan aydınlatılmış rıza alınırken; hastalar anlaşılabilir bir dil ve yöntemle bilgilendirilmeli, hastalık ya da tıbbi durumun niteliği açıklanarak sunulacak teşhis ve tedavi aşamaları anlatılmalıdır. Tıbbi müdahaleyle elde edilecek başarı olasılığı açıklanmalı, yararlar ve potansiyel riskler konusunda da çocuk hasta mutlaka bilgilendirilmelidir. Hastanın bilgilendirilmesi ve rızasının alınması aşamasında hasta ya da veli/vasisinin yeterliliğinin tam olduğu kanaati oluşmalıdır. Hastanın mümkün olduğu kadar herhangi bir baskı ve etki altında kalmadan karar verebilmesi koşulu sağlanmalıdır¹⁶. Ayrıca Amerika' nın birçok eyaletinde yalnız yaşayıp kendi kendine yeten, evli, hamile ya da ebeveyn olan veya mahkemece reşit kabul edilmiş durumdaki küçüklerin ebeveynlerinden bağımsız ve tek başına yeterli bir rıza ehliyetine sahip oldukları kabul edilmektedir¹⁷.

¹⁶ Boran, s. 88.

¹⁷ Wagner, R. A.: Informed consent, www.emedicinehealth.com.; yararlanma tarihi: 20.08.2008.

Türkiye’deki duruma gelince; 5237 sayılı TCK’ nun 6/1-c maddesi ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun (ÇKK) 3/1-a maddesine göre daha erken yaşta ergin olsa bile¹⁸, 18 yaşını doldurmamış kişi çocuktur. Bu bağlamda 18 yaşını doldurmuş olmamasına rağmen ergin kılınan kişinin çocuk olma hali devam edecektir. Zira ergin kılınma hali, aksini düşünenler de olmakla birlikte¹⁹, sadece Kanunen sınırlı sayıda kabul edilmiş hallerde özgüdür. Bir başka deyişle ergin olmayı gerektiren o hukuki işlemle sınırlı olmak üzere talep edilir ve uygun görülmesi halinde o işlemle sınırlı olarak geçerli olur. Dolayısıyla tüm hukuki işlemlere teşmil ettirilemez.

Nitekim Ülkemizce 14.09.1990 tarihinde imzalanan, 9.12.1994 tarih ve 4058 sayılı Yasa ile onaylanması uygun bulunup 27.01.1995 gün ve 22184 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’ nin 1. maddesi uyarınca da “çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır”.

Kanun, rıza açıklama yeteneğine sahip çocukta okuryazar olması gibi bir ayrıma gitmeksizin rızanın yazılı olmasını şart koşmuştur. Bu hüküm, okuma ve yazma bilen çocuklar açısından yerindedir. Öte yandan, çocuğun okuryazar olmadığı hallerde, tıpkı yetişkinlerde olduğu gibi bilgilendirilmiş olur, bir tarafsız tanığın varlığında alınmalıdır. Ayrıca madde, çocuğun rızasının yanı sıra ana veya babasının rızasını yeterli görmemesi, hem ana hem de babanın yazılı olmasının alınmasını gerekli kılması açısından önemlidir. Öte yandan istisnai hallerde genel kuraldan ayrılarak bunlardan birinin rızasını yeterli kabul etmek gerekebilir. Çünkü MK’ nun 335. maddesine göre velayet birlikte ana ve babaya aitse de aynı Kanun’ un 336 vd. maddeleri uyarınca bu hak ölüm, ortak hayata son verilmesi, ayrılık ve boşanma, ana babanın evli olmaması hallerinde birlikte ana ve babaya değil, Kanunun izin verdiği ölçüde ana veya babadan birine aittir. O halde mademki velayet hakkı çocuğun eğitimi ve bakımı konusunda veliye karar alabilme yet-

¹⁸ 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (MK)’ nun 11. maddesi uyarınca “erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. Evlenme kişiyi ergin kılar”. Yine aynı Kanununun 12. maddesi “onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir” hükmünü ihtiva etmektedir.

¹⁹ Akarca, M.: Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması, s. 2, dpn 1., <http://www.yargitay.gov.tr.>, yararlanma tarihi: 08.09.2011.

kisi vermektedir, söz konusu hallerde ana veya babadan birinin rızasını geçerli kabul etmek gerekecektir.

Burada üzerinde durulması gerekli nokta, çocuğun rıza açıklama yeteneğine sahip olmadığı hallerde deneyin yapılıp yapılamayacağıdır. Kanun koyucu 90/3. maddede rıza açıklama yeteneğine sahip olan çocuklar üzerinde gerçekleştirilecek deneyleri düzenlemiş, rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan çocuklar üzerinde gerçekleştirilecek deneyler açısından suskun kalmıştır.

Bu madde, Kanun koyucunun, deney öznesi olan çocuğun rıza açıklama yeteneğine sahip olması şartını aradığı, bu yeteneğe sahip olmayan çocuklar, örneğin bebekler üzerinde bir deney yapmak söz konusu olduğunda ise veli ya da vasinin rızası olsa dahi çocuğun rızası alınmadığından bilimsel deney yapılamayacağı şeklinde yorumlanabilir.

Söz konusu sorun, 5237 sayılı TCK' nun yapılması aşamasında Adalet Komisyonu görüşmelerinde de dile getirilmiş, ancak tatmin edici bir açıklamada bulunulmamıştır²⁰.

Öte yandan KAHY, 6/1-c maddesinde, gönüllünün olur veremediği durumlarda yasal temsilcinin yetkili olduğunu söyleyerek ve ancak çocuğun kendisine verilen bilgi hakkında değerlendirme yapabilecek ve bu konuda bir kanaate varabilecek kapasitede olması halinde ayrıca bilgilendirileceğini belirterek TCK ile ayrılmaktadır. Bu durumda rıza formunda veli ya da vasisinin imzasının yanı sıra, ancak kendisine verilen bilgi hakkında değerlendirme yapabilecek ve bu konuda bir kanaate varabilecek kapasitede ise gönüllü çocuğun da imzası yer alacak, aksi takdirde veli/vasinin rızası yeterli kabul edilecektir.

Yönetmelik hükmü yerindedir. Zira Biyotıp sözleşmesinin 15. ve TCK' nun yürürlüğe girmesinden çok sonra 2011 yılı itibariyle onaylanan eki protokolün²¹ 17. maddesi de bunu destekler şekilde genel unsurlara ek olarak, araştırmanın sonuçlarının ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması ve

²⁰ T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı: Tutanaklarla Türk Ceza Hukuku, Ankara, Şubat 2005, s. 374.

²¹ TBMM 10.03.2011 tarihinde, "Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı" nı kabul etmiştir.

muvafakat etme yeteneği bulunan bireyler üzerinde karşılaştırılabilir nitelikte etkinlik doğuracak bir araştırmanın yapılamaması halinde gerekli iznin belirli ve yazılı olarak verilmiş bulunması ve ilgili kişinin itirazda bulunmaması koşuluyla araştırmaya izin verilebileceğini belirtmektedir²². Hatta aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere ilgili Sözleşme gereği rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan çocuğun sağlığına doğrudan fayda sağlamasa dahi belirli şartların varlığı halinde bu kimseler üzerinde bilimsel deney yapılabilmektedir.

Muvafakat yeteneğine sahip olmayan çocukların fikri, Biyotıp Sözleşmesi' ne ek Protokol' ün 15. maddesi uyarınca, yaşı ve olgunluk derecesi ile bağlantılı şekilde giderek artan bir faktör olarak dikkate alınmalıdır.

Sözleşmelerin Kanunlar karşısındaki durumuna ilişkin daha önce yaptığımız tartışmalar burada da geçerlidir. Ancak sonraki tarihli özel düzenleme niteliğinde olduğundan bu tartışmalara girmeksizin Sözleşme hükümlerini uygulamak yerinde olacaktır.

Kaldı ki TCK' nun 90. maddesi' nin Biyotıp Sözleşmesi dikkate alınarak hazırlandığı gerçeği karşısında, Kanun' un rıza ehliyeti olmayan çocuklar üzerinde deney yapılmaması amacını taşıdığını söylemek güçtür.

Ancak hala yürürlükte olduğundan, uygulamada karışıklığa yol açmaması adına, TCK' nun ilgili fıkrasının en kısa zamanda mevzuatla uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Akarca, M.: Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması, <http://www.yargitay.gov.tr>.
- Artuk, M. E./Gökçen, A./Yenidünya, C.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
- Boran, B.: "Aydınlatılmış Rıza", *Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara)*, Ankara 2008, s. 85-105.
- Cave, E.: "Seen but not heard? Children in clinical trials", *Medical law review*, 18, Winter 2010, s. 1-27.

²² Bkz. aynı yönde; Cave, E.: "Seen but not heard? Children in clinical trials", *Medical law review*, 18, Winter 2010, s. 10.

- Dönmezer, S./Erman, S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, GK., C. II, İstanbul 1997.
- Erkan, V. U./Yücer, İ.: "Ayrıt Etme Gücü", *AÜHF Dergisi*, C. 60, S. 3, Ankara 2011, s. 485-522.
- Gunn, M. J./Wong, J.G./Clare, I. C. H./Holland, A. J.: "Decision-making capacity", *Medical law review*, 7, autumn 1999, s. 269-306.
- Hafızoğulları, Z./Özen, M.: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010.
- Hakeri, H.: Tıp Hukuku, Ankara 2007.
- İçel, K./Sokullu Akıncı, F./Özgenç, İ./Sözüer, A./Mahmutoğlu, F. S./Ünver, Y.: Suç Teorisi, İstanbul 2000.
- Şen, E.: "İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları", *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu/28 Şubat-01 Mart 2008 Ankara)*, Ankara 2008, s. 588-647.
- Şenocak, Z.: Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, <http://auhf.ankara.edu.tr>.
- T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı: Tutanaklarla Türk Ceza Hukuku, Ankara, Şubat 2005.
- Wagner, R. A.: Informed consent, www.emedicinehealth.com.