

ÖZYEGİN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**HEKİMLERİN GEBELİKLERİN
SONLANDIRILMASINDAN KAYNAKLANAN
ÖZEL HUKUK ve CEZA HUKUKU
SORUMLULUĞU**

Yüksek Lisans Tezi

Işıl Güney TUNALI

Danışman:

Prof. Dr. Dr. h.c. Yener ÜNVER

İstanbul - 2014

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM, TARİHSEL GELİŞİM, BAZI ÜLKELERDEKİ DURUM

I- KAVRAM	6
A. HUKUKSAL AÇIDAN	6
B. TIBBİ AÇIDAN	9
1- Terimler	9
2- Yöntemler	10
3- Bazı Durumlarda Yaklaşım	12
II-TARİHSEL GELİŞİM	14
A-GENEL OLARAK	14
B-İSLAM HUKUKU VE OSMANLI HUKUKU	18
C-TÜRKİYE CUMHURİYETİ DÖNEMİ.....	21
1- Gebeliğin Sonlandırılmasının Yasak Olduğu Dönem	21
2- Geçiş Dönemi	22
3- Gebeliğin İsteğe Bağlı Sonlandırılmasının Belli Koşullarda Serbest Olduğu Dönem	23
III- BAZI ÜLKELERDEKİ DURUM.....	23
A-İNGİLTERE	23
B- AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ	26
C-ALMANYA	29

İKİNCİ BÖLÜM
GEBELİKLERİN SONLANDIRILMASINDAN KAYNAKLANAN ÖZEL
HUKUK SORUMLULUĞU

I-GENEL OLARAK	32
II-GEBELİĞİN SONLANDIRILMASINDA HUKUKİ SORUMLULUĞUN	
KAYNAKLARI.....	33
A - GENEL OLARAK	33
B - SÖZLEŞME	36
1- Hekimlik Sözleşmesi	36
1.1. Hukuki Niteliği	36
1.2. Hekimin Yükümlülükleri	41
2- Hastaneye Kabul Sözleşmesi	44
C - HAKSIZ FİİL	46
D - VEKALETSİZ İŞ GÖRME	48
E - KUSURSUZ SORUMLULUK HALLERİ	52
III-GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI NEDENİYLE TAZMİNAT	
SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI	57
A - GENEL OLARAK	57
B - HUKUKA AYKIRILIK	58
1- Genel Olarak	58
2- Hukuka Uygunluk Nedenleri	59
2.1- İlgilinin Rızası	60
2.2- Hekimin Yetkili Olması	65
2.3- Endikasyonun Varlığı.....	66
2.4-Tıbbın Kurallarına Uygun ve Özenli Müdahale	72
C - ZARAR.....	73
1-Maddi Zarar	74
2-Manevi Zarar	79
D- KUSUR	80
1-Kast	81
2-İhmal	83
E- NEDENSELLİK BAĞI	85

IV- İSPAT	89
A- GENEL OLARAK	89
B- GEBELİĞİN VARLIĞININ, SÜRESİNİN, SONLANDIRMA ÖNCESİ FETUSUN CANLI OLDUĞUNUN, GEBELİĞİN SONLANDIRILMIŞ OLDUĞUNUN İSPATI	96
C- RIZANIN İSPATI	100
D - GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI YÖNÜNDE TIBBİ ENDİKASYONUN İSPATI	102
E- GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI NEDENİYLE UĞRANILAN ZARARIN İSPATI	103
V- TAZMİNATIN BELİRLENMESİ.....	104
A-MADDİ TAZMİNAT	105
B-MANEVİ TAZMİNAT	109
C-BİRDEN FAZLA KİŞİNİN SORUMLU OLMASI	111
VI- ZAMANAŞIMI	112

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GEBELİĞİN SONLANDIRILMASINDAN KAYNAKLANAN CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU

I-GENEL OLARAK	114
II- ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU	116
A-KORUNAN HUKUKSAL DEĞER	117
B - SUÇUN MADDİ KONUSU	121
C- FAİL	124
D- MAĞDUR	127
E- MADDİ UNSUR	128
F- MANEVİ UNSUR	136
G- HUKUKA AYKIRILIK UNSURU.....	139
1- İlgilinin Rızası	140
2 - Tıbbi Zorunluluk Hali	151
3 - Kanunun Hükmü	157
3.1- Süre Esaslı Sonlandırma	159

3.2- Çocuk İle Onu Takip Edecek Nesiller Açısından Ağır	
Maluliyet.....	160
H- SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ.....	166
1-Çocuğu Düşürtülen Kadının Beden veya Ruh Sağlığı Bakımından Bir Zarara Uğraması (TCK m.99/3 ve TCK m.99/4.....	167
2-Çocuğu Düşürtülen Kadının Ölmesi (TCK m.99/3 ve TCK.99/4)	169
3-Çocuğun Yetkili Olmayan Kişi Tarafından Düşürtülmesi (TCK m.99/5)	170
İ- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ	172
1- Teşebbüs	172
2- İştirak	174
3- İçtima	177
J- CEZASIZLIK NEDENİ (TCK m.99/6)	182
K - ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇU (TCK m.100)	188
1 - Genel Olarak	188
2 - Korunan Hukuksal Değer	189
3 - Suçun Maddi Konusu	190
4- Fail	191
5- Mağdur	191
6- Maddi Unsur	192
7- Manevi Unsur	193
8 - Hukuka Aykırılık Unsuru	194
9 - Suçun Özel Görünüm Şekilleri	195
9.1- Teşebbüs	195
9.2- İştirak	196
9.3- İçtima	197
10- Yargılama Usulü	197
11- İspat	198
12- Yaptırım	198
L-YARGILAMA USULÜ.....	198
M- İSPAT	199
1- Genel Olarak	199
2- Gebeliğin Varlığının, Sonlandırma Öncesi Fetusun Canlı Olduğunun ve Gebeliğin Sonlandırılmış Olduğunun İspatı	206

3- Rızanın İspatı	210
4- Gebelik Süresinin İspatı	213
5 -Tıbbi Sonlandırma Endikasyonunun İspatı	215
6- Gebeliğin Sonlandırılması ile Kadının Uğradığı Bedensel ve Ruhsal Zarar ve Ölüm Arasındaki İlişkinin İspatı	217
7- Gebeliğin Suç Sonucu Oluştununun İspatı.....	218
N-YAPTIRIM.....	219
SONUÇ	222
KAYNAKLAR	239

KISALTMALAR

§ : paragraf

ABD: Amerika Birleşik Devletleri

Bkz : Bakınız

CD: Ceza Dairesi

CGK: Ceza Genel Kurulu

E: Esas

HD: Hukuk Dairesi

HGK: Hukuk Genel Kurulu

HHY: Hasta Hakları Yönetmeliği

K: Karar

m: Madde

MR: Menstruel Regülasyon

MvDKGYHK: Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun

NPHK: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

Örn : Örneğin

RG: Resmi Gazete

RTSHYDİT: Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük

s: Sayfa

S: Sayı

T: Tarih

TBK: Türk Borçlar Kanunu

TCK: Türk Ceza Kanunu

TDN: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

TMK: Türk Medeni Kanunu

TŞSTİDK: Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

vs: versus

vb: ve bunun gibi, ve benzeri

GİRİŞ

Dünyada her yıl yaklaşık 46 milyon gebeliğin sonlandırıldığı belirtilmektedir ¹. Gebeliklerin sonlandırılması insanlık tarihi kadar eski bir olgu olup ², tıp, hukuk, etik, felsefe, din, gibi pek çok alanda belki de binlerce yıldır tartışmalar süregelmektedir. Sosyopolitik açıdan başka hiçbir konunun, gebeliğin sonlandırılmasına yönelik düzenlemeler kadar tartışılmamış olduğu dahi dile getirilmektedir ³.

Gebeliklerin sonlandırılmasına ilişkin bakış açılarına ırksal, ekonomik, tıbbi ve sosyokültürel faktörlerin etki ettiği belirtilmekte ⁴, kadının kendi bedeni üzerinde özgürce tasarruf edebileceğini savunan görüşlere karşılık, kadının rahminde başlamış olan hayata müdahale ve hatta cinayet olarak ele alan görüşler de bulunmaktadır ⁵. Ceninin yaşam hakkı sorunu üzerinde henüz uzlaşılamamış olmasının bu tartışmada büyük rolü olduğundan, anneye ve cenine ait hakların korunması arasında bir denge kurulmaya çalışıldığından söz edilmektedir ⁶.

Gebeliğin sonlanmasının ya da devam etmesinin kişi ve toplum üzerinde ortaya çıkan çeşitli etkileri olup, sonlandırılması hem gebe kadının vücut bütünlüğüne, hem fetusun yaşama olanağı ve vücut bütünlüğüne bir müdahale oluşturmakta ve bu arada tıbbi risklerini de beraberinde getirmekte, kadının üremesini en azından o gebelik bağlamında engellemekte, bunun yanı sıra canlı doğduktan sonra bir insan olma potansiyeli taşıyan fetus yani ceninin dünyaya gelerek yaşama imkanını ortadan kaldırmaktadır. Ailenin ve toplumun ihtiyaçları ve ülkede uygulanan nüfus politikalarına göre, yeni bireylerin doğumu, aile içi, toplumsal ve ekonomik dengeler üzerinde ya bir külfet olarak, ya da tam

1 <http://www.tjod.org/turk-jinekoloji-ve-obstetrik-derneği-tjod-kurtaj-raporu>, Erişim T: 04.03.2014.

2 YARSUVAT, Duygun, Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi, s: 451, ErişimT: 04.03.2014, journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/.../1023003766 ; KOÇ, Acar / KABUKÇU, Cihan, Gebelik Terminasyonu, Jinekoloji, Üreme Endokrinolojisi & İnfertilite, Jinekolojik Onkoloji, Ed: BEKSAC/ AYHAN/ DEMİR/ HASSA / KÖSEBAY / TIRAŞ / TUNCER / YARALI / YÜCE, Medical Network, Ankara, 2006, s: 317.

3 OBINGER-GINDULIS, Edith, 'Zwischen Moral und Selbstbestimmung- Ein Blick über die Grenzen: Die Abtreibungsregime der OECD-Länder und ihre Bestimmungsfaktoren im Vergleich' , Humboldt Forum Recht, 4/2008, www.humboldt-forum-recht.de, s: 40, Erişim T: 22.02.2014.

4 DÖLEN, İsmail, 'Kadın Hastalığı ve Doğum Hekimliği Açısından Tıbbi Etik Konular' , <http://www.tjod.org/kadin-hastaliklari-ve-dogum-hekimligi-acisindan-tibbi-etik-konulari> / Erişim T: 28.10.2012.

5 ÇOKAR, Muhtar, ' İsteyerek Düşük Yapmak, Tıp Etiği ve Yasalar' , 17.04.2009, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1004.htm, Erişim T: 10.10.2013.

6 KURT, Gülşah, ' Çocuk Düşürtme ve Düşürtme Suçları, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması' , Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi, No:1, Ceza Hukuku, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2013, s: 83.

tersine ailenin genişlemesinin, nüfusun büyümesinin istendiği, yeni iş ve beyin gücüne gereksinim duyulan toplumlarda ise bir fayda, dolayısıyla dünyaya gelmesinin engellenmesi de bir olumsuzluk olarak ele alınabilmektedir.

1994 tarihli Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı'nda ve Uluslararası Aile Planlaması Federasyonu'nun 1995'te yayınladığı bildirdede bireylere çocuk sahibi olup olmama konusunda tanınmış haklar olduğu da belirtilmektedir⁷. Ancak kişiler bu haklarını üremenin sınırlandırılması yönünde kullanırken, kontraseptif uygulamaların etkisiz kaldığı durumlarda gebeliğin sonlandırılması bir aile planlaması yöntemi gibi kullanılır hale gelmektedir.

Gebeliğin devamının ve doğumun anne sağlığı açısından büyük risk oluşturabileceği, hatta yaşamını tehdit edeceği durumlar da çok sık ortaya çıkmakta, ve gebeliğe son verilmesi gerekmektedir. Yine tıptaki ilerlemeler sayesinde, doğanın kaçınılmaz bir gerçeği olan doğuştan ağır özürlü fetüsler saptanabilmekte, kimi zaman her tür yaşam kalitesinden uzak yaşamaya mahkum olacağı ve özürlülükleri ölçüsünde aile ve geniş çerçevede toplum için bir yük olma potansiyeli taşıyacağı öngörülebilen bu fetüslerin doğumunun engellenmesi de gündeme gelebilmektedir. Buna karşılık özürlü her fetüsün dünyaya gelmesi engellendiği takdirde, minör anomalilerde bile yaşama şansının tanınmaması gibi bir tehlike ortaya çıkmaktadır.

Gebelikler her zaman gönüllü gerçekleşen cinsel ilişkilerin sonucu olmayıp, pek çok kadın ve küçük kız mağduru olduğu cinsel suçlar sonucu gebe kalmakta, ve pek tabiidir ki bu mağdurlar, gebeliği sürdürmek ve çocuğu doğurmak istememektedirler.

Dolayısıyla herhangi bir nedenle gebeliklerin sonlandırılması gerekli olmakta ve içinde yaşanan toplum ve zamana göre farklılıklar gösteren uygulamalarla çözülmeye çalışılmaktadır. Ancak ne gebeliklerin sonlandırmasına mutlak yasaklar getirmenin, ne de istendiği her durumda özgürce sonlandırılmasına izin vermenin tam bir çözüm oluşturmayacağı ve daha büyük sorun ve tartışmaları da beraberinde getireceği bilinmektedir. Nitekim kanunlar da gebeliklerin sonlandırılmasına ancak belli koşullarda izin vermektedirler.

7 SERT, Gürkan, Vakalarla Türkiye'de Üreme Hakları, Etik ve Yasal Değerlendirmeler, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul 2012, s 9, s: 20.

Keza, ülkemiz de dahil olmak üzere hemen her ülke hukukunda gebeliğin sonlandırılmasına belli koşullar altında izin verilmiş, bu koşulları taşımayan sonlandırmalarda ise kişilerin sorumluluğuna gidilmiştir.

Gebeliğin sonlanması nedeniyle zarara uğrayan gebe kadın ve ilgili kişiler, koşulları varsa, bu zararın belli bir tazminat ödenmesi şeklinde giderimini talep edebilecekleri gibi, ayrıca gerçekleştirilen hareket bir suç tipini ihlal ediyorsa cezai sorumluluk da gündeme gelmektedir.

Gebeliklerin sonlandırılmasına ilişkin esaslar hukukumuzda 24.05.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve bu kanuna dayanılarak 14.11.1983 tarih ve 83/7395 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilen 18.12.1983 tarih ve 510 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te yer almaktadır. Taşdığı tıbbi müdahale niteliğinden dolayı sağlık mevzuatında yer alan diğer düzenlemelerin yanı sıra, genel olarak hukuki sorumluluğu belirlemede 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, cezai sorumluluğu belirlemede ise 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hükümleri göz önünde tutulmalıdır.

Türk Ceza Kanunu'nda, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin özel düzenlemeler olarak 'çocuk düşürtme' ve 'çocuk düşürme' suçları yer almakta, ayrıca kadının gebeliğinin düşükle sonuçlanması da kasten yaralama ve taksirle yaralama suçlarının neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini oluşturmaktadır.

Gebeliklerin hukuka uygun şekilde sonlandırılabilmesi için, yasal düzenlemelerde öngörölmüş diğer koşulların yanı sıra, sonlandırma eyleminin bu düzenlemelerin öngördüğü ve yetki verdiği kişiler tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Kural olarak bu yetki hekimlere tanınmakta, ülkemiz hukukuna bakıldığında da, Sağlık Bakanlığı'nın düzenlediği kurslara katılarak yeterlik belgesi almış hekimlere belli koşullar altında tanınmış olan sınırlı yetki haricinde, yalnızca kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının gebeliği sonlandırma hak ve yetkisine sahip olduğu görölmektedir.

Gebelik hangi nedenle kim tarafından hangi yöntemle sonlandırılırsa sonlandırılınsın, bu kişi yetkili hekim olmadıkça, yapılan eylem hukuka aykırı olmakta ve çocuk düşürtme suçunu oluşturmaktadır. Fakat, kadının ciddi sağlık sorunları ve ölümle karşılaşma olasılığını çok daha fazla barındıran bu eylemler, belki de bu yola başvurmayaya iten nedenlerin örtölme ve gizlenme gayretiyle pek su yüzüne çıkmaz iken, göz önünde olan,

sorunlu olduğu ifade edilen ve üzerinde tartışma oluşan ise gebeliği sonlandırmaya yönelik yasal tıbbi müdahaleler olmaktadır. Oysa aslında bu müdahalelerin günümüzde, ülkemizde bir sağlık sorunu olarak nitelendirilebilecek konular içinde oldukça geri sıralarda yer aldığı belirtilmektedir ⁸.

Dolayısıyla yasal ereve içinde gerçekleştirilen müdahaleler dahi zaman zaman, gerek hekimler gerek kamuoyu tarafından hukuka aykırı bir eylemin gerçekleştiği ve sorumluluk doğurduğu ya da doğurması gerektiği şeklinde algılamalara yol açabilmektedir.

Bu çalışmanın hedefi konunun etik olarak doğruluğunu tartışmak değil, yalnızca gebeliklerin sonlandırılmasına ilişkin yasal düzenlemeleri gözden geçirmek, gebeliklerin sonlandırılmasında hukuka aykırılığın ve dolayısıyla sorumluluğun ortaya çıkabileceği durumları değerlendirmek, sorunlu olduğunu düşündüğümüz bazı hususlara çözümler önermektir.

Tezimizin konusunun, hekimlerin gebeliklerin sonlandırılmasından kaynaklanan özel hukuk ve ceza hukuku sorumluluğu olması nedeniyle, hekim olmayan kişilerce, tıbbi müdahale niteliği taşımayan yöntemlerle gebeliklerin sonlandırılması ya da sonlanmasına neden olunmasından kaynaklanan sorumluluklar üzerinde durmadık. Bir yandan hekimlerin sorumluluklarının erevesi çizilmeye çalışılırken, aynı zamanda tıp uygulamasından örnekler eşliğinde konu irdelenerek bazı hususların daha iyi anlaşılmasına katkı sunmak amaçlanmıştır. Ağırlıklı olarak, doğrudan gebeliğin sonlandırılmasına yönelik müdahaleler üzerinde durulmakla beraber, başka bir nedenle gerçekleştirilen bir müdahaleye bağlı olarak gebeliğin kaybedildiği durumlara da yeri geldiğinde sadece işaret edilmiştir. Çalışmamızın hekimlere, özellikle de yasal olarak gebelikleri sonlandıran kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarına, hem hastalarının haklarını daha iyi koruyabilmeleri ve onlara zarar vermemeleri, hem de suç işlememeleri için yardımcı olması hedeflenmiştir.

Tezimizin ilk bölümünde gebeliğin sonlandırılması kavramı hukuki ve tıbbi açıdan ele alındıktan sonra tarihsel gelişim ve bazı ülkelerdeki düzenlemelere değinilmiş, ikinci blmde gebeliğin sonlandırılmasından kaynaklanan özel hukuk sorumluluğu, üçüncü blmde ise gebeliğin sonlandırılmasından kaynaklanan ceza hukuku sorumluluğu ele alınmıştır.

8 KURT, s: 83.

Hukuki sorumluluklar ele alınırken konu önce sözleşme ve haksız fiil, ayrıca vekaletsiz iş görme ve kusursuz sorumluluk şeklinde ortaya çıkabilecek sorumluluk kaynakları, ardından hukuka aykırılık, zarar, kusur ve nedensellik bağı olarak tazminat sorumluluğunun koşulları bağlamında değerlendirilmiştir. Doğrudan gebeliğin sonlandırılmasına yönelmiş müdahaleler ağırlıklı olarak ele alınmakla beraber, gebeliğin devam etmesinin öngörüldüğü ancak herhangi bir tanınan işlem ya da tedavinin istenmeyen bir etkisi olarak kaybedildiği durumlar, ve gebeliğin sonlandırılması sırasında kadının yaralanması, sakat kalması ve ölmesi hallerine de yeri geldiğinde değinilmiştir. Son olarak ispata ilişkin bazı hususlara ve tazminatın hesaplanmasında göz önünde tutulan noktalara dikkat çekilmiştir.

Cezai sorumluluğa ilişkin olarak da, hekimlerin sorumluluğu odak noktasını oluşturduğundan, temelde TCK m.99’da düzenlenmiş olan çocuk düşürtme suçu incelenmiş, ancak hekimlerin TCK m.100’de düzenlenmiş olan çocuk düşürme suçuna iştirakleri de söz konusu olabileceğinden bu suç da kısaca ele alınmış, yeri geldiğinde ise taksirle yaralama ve taksirle öldürme suçlarına da sadece değinilmiştir. Çocuk düşürtme ve düşürme suçları, korunan hukuksal değer, suçun maddi konusu, fail, mağdur, maddi unsur, manevi unsur, hukuka aykırılık unsuru, suçun nitelikli halleri (TCK m.99) , suçun özel görünüm şekilleri, cezasızlık nedeni (TCK m.99) yargılama, ispat ve yaptırıma ilişkin özellikleri ele alınarak incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM, TARİHSEL GELİŞİM, BAZI ÜLKELERDEKİ DURUM

I- KAVRAM

A-HUKUKSAL AÇIDAN

Hukuk öğretisinde gebelik, dişi yumurtanın erkek spermi ile döllenmesiyle oluşan yapının rahim iç dokusuna yerleşmesiyle başlayıp, doğumla sona eren süreç olarak tarif edilmektedir⁹. Dolayısıyla gebeliğin sonlandırılmasından söz edildiğinde de, döllenmiş yumurtanın rahim iç dokusuna yerleştiği nidasyon anından doğuma kadar geçen süre içinde, dışarıdan yapılan bir müdahale ile ceninin anne ile yaşamsal ilişkisinin kesilerek ölümüne yol açılması anlaşılmaktadır¹⁰. Yine döllenme ürünü olan cismin yani ceninin kadının vücudundan bilerek ve istenerek, tahrik edilmek suretiyle çıkmasının sağlanması¹¹, gebeliğin sonlandırılmasına yönelik, ceninin ölümünü sağlayıcı her türlü müdahale¹², gelişim sürecine devam eden ve yaşayan bir cenine yönelen ve onu, gebe kadın ile olan yaşamsal bağlantısına son vererek bu sürecin dışına çıkarmaya çalışan her türlü müdahale¹³, anne rahminde şekillenmeye başlamış olan ceninin bir tıbbi müdahale ile ortadan kaldırılması¹⁴, şeklinde açıklamalar da mevcuttur. Buna göre, gebeliğin sonlandırılması için mutlaka hekimler tarafından tıbbi bir müdahale yapılması gerekli olmayıp, gebe kadının kendisi de dahil olmak üzere, herhangi bir kişi tarafından herhangi bir yöntemle sonlandırılabilir. Bu eylem doğrudan rahim içine ve cenine yönelik olabileceği gibi, kadının vücuduna yönelmiş ve dolaylı olarak düşüğü sağlayacak şekilde de gerçekleştirilebilir. Gebeliğin sonlandırılmasına yönelik tıbbi müdahaleden ise,

9 TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s: 307; DÖNMEZ, Burcu, ‘ TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu, Mukayeseli Hukuk ve AIHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’, Cilt:9, Sayı 2,2007, s: 104.

10 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 308.

11 ARTUÇ, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2008, s: 537.

12 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs, 2012, s: 720.

13 ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ / Pınar, TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül, 2003, s: 294.

14 AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, No: 102, Ankara ,1991, s: 28; İPEKYÜZ, Filiz Yavuz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak 2006, s: 38.

gebeliğin nidasyondan doğuma kadar herhangi bir zamanda tıbbi yöntemlerle sona erdirilmesini anlamak gerekmektedir.

Öğretide, annenin hayatını kurtarmak amacıyla, normal bir gebeliğin gelişiminin imkansız olduğu hallerde, gebeliğin suç ürünü olduğu hallerde, anormal, deforme bir çocuğun doğma olasılığında gebeliğin sonlandırıldığından söz edilmekte, eğer amaç annenin hayatını ve sağlığını tehdit eden veya ceninin gelişmesini imkansız kılan ya da ağır maluliyet teşkil eden bir durumu önlemek ise, tıbbi sonlandırma olarak, eğer suç sonucu oluşan çocuğun yaşam kazanması istenmiyorsa ya da annenin sosyal ve ekonomik zorluklar içinde bulunmasından hareketle gebelik sonlandırılıyorsa, sosyal veya hukuki sonlandırma olarak nitelendirilmektedir¹⁵.

İstenmeden, yanlışlıkla, taksirle ortaya çıkan gebelik kayıpları bir yana bırakılacak olursa, gebeliğin bilinçli olarak sonlandırılmasından, hukuken, ceninin dış ortamda yaşama yeteneği kazanmadan ya da kazanmaması beklentisiyle gerçekleştirilen bir eylem anlaşıldığı için, tıbben sıkıntıda ya da risk altında olan cenini kurtarmak üzere gebeliğin sonlandırılmasına, yani erken doğuma yönelik hareketlerin hukuken bu kavram içinde ele alınmadığı görülmektedir. Burada henüz sağ ve tamamıyla doğarak kişilik kazanmamış olmakla beraber, ceninin bir hasta gibi görülmesi ve yaşamını ve sağlığını kurtarmaya ve devam ettirmeye yönelik bir tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi söz konusu olmaktadır. Eylemin yine de ceninin ölümüne yol açması olasılığı bulunmakla beraber, amacın cenini yaşatmaya yönelmiş olması ayırıcı olmaktadır.

Dönmezer'in 'çocuk düşürme, canlı, fakat henüz tamamlanmamış bir varlığa yönelmiş saldırıdır' ve ' çocuk düşürmenin konusu yaşama kabiliyeti olsun veya olmasın cenindir, bu suç ile ilkah ürünü, gebeliğin başladığı tarihten itibaren korunmaktadır.'¹⁶ açıklamalarından yola çıkarak hukukun cenini henüz doğmamış, ancak canlılığını sürdüren ve insan olma potansiyeli taşıyan bir varlık olarak gördüğü ve değer yüklediği söylenebilecektir. Gebeliğin başlaması ile birlikte artık ceninin varlığından söz edilmekte ve anneden bağımsız olarak yaşama imkanına sahip olmayan, anneye bağımlı, ancak gelecekte yaşama ümidi bulunan bir varlık ve yaşam başlangıcı olarak kabul edilmektedir

15 BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1972, s: 165.

16 DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 11. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981, s: 158.

17. Bununla beraber ceza kanununda ceninin açıkça tanımlanmış olmadığı da görülmektedir.

Özel hukukta ise cenin ‘ana rahmine düşmüş, fakat henüz doğmamış çocuk’ olarak tanımlanmaktadır. Cenin henüz bir kişiliğe sahip olmayıp annenin bir parçasıdır, ancak tam ve sağ doğmakla bir hak sujesi olarak kabul edilmektedir¹⁸. Türk Medeni Kanunu m. 28’e göre de kişiliğin sağ ve tamamıyla doğum ile kazanılacağı kabul edildiğinden, kişilik kazanmayan ceninin uğradığı zararlardan dolayı doğrudan tazminat talebine gidilememekte, annenin zararları göz önünde tutulmaktadır. Ceza kanunlarının yaşayan kişileri koruma altına alan öldürme, yaralama gibi hükümlerinin korumasından da yararlanamamaktadır. Bu nedenle, ülkeden ülkeye belirgin farklılıklar gösterse de, ceninin korunması, çocuk düşürtme, çocuk düşürme gibi ihdas edilen başka suçların altında sağlanmaktadır. Bizim ceza hukukumuzda yer alan düzenlemelerde de ceninin yaşamının korunan hukuksal değerlerden biri olduğu görülmektedir.

Gebeliğin sonlandırılması bir anlamda kadının beden bütünlüğüne ve kişilik haklarına yönelik saldırı iken, aynı zamanda kadının kendi bedeni üzerinde tasarruf, kendi geleceğini belirleme hakkının da bir uzantısı olmaktadır. Kadının vücudunda cenini taşımak, doğurmak, çocuk sahibi olmak ya da daha fazla çocuk sahibi olmak, belli bir adamdan çocuk sahibi olmak istemediği durumlarda gebeliğin sonlandırılması kadının kendi vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf ve geleceğini belirleme hakkının bir sonucu kabul edilmektedir.

Yasal düzenlemelere bakıldığında gebelik sonlandırması kavramı ile ilgili bir açıklık olmadığı, farklı terimlerin kullanıldığı görülmektedir. NPHK’da ‘gebeliğin sona erdirilmesi’ ifadesi kullanılırken, bu kanuna dayanarak çıkarılan RTSHYDİT’de ‘rahim tahliyesi’ ifadesinin kullanıldığı, TCK’da ise ‘çocuk düşürtme’ ve ‘çocuk düşürme’ ifadelerinin yer aldığı görülmektedir. Ancak TCK 6/1. madde b bendinde ‘Çocuk deyiminden; henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır’ ifadesi yer aldığı için, kanunun lafzi yorumu karışıklığa yol açmakta, bu değerlendirmenin hatalı sonuçlar ortaya çıkarabileceği ileri sürülmektedir. NPHK’ da ise çocuk düşürtme ifadesi yerine gebeliğin sona erdirilmesi ifadesinin kullanılmış olması da, artık TCK m. 6/1-b’ deki açıklamanın

17 DÖNMEZ, s: 104.

18 OĞUZMAN, Kemal / OKTAY, Saibe / SELİÇİ, Özer, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999, s: 13.

gebeliklerin sonlandırılması bağlamında dikkate alınmaması gerektiğini ortaya koymaktadır ¹⁹.

Rahim tahliyesi terimi gebelik sonlandırması yerine de kullanılabilmeyle beraber, ceninin ölmüş ve gebeliğin bozulmuş olduğu durumlarda yapılan ya da bazen patolojik gebeliklere ait materyalin boşaltılması için, gebelik sonlandıktan sonra kalan materyalin boşaltılması için yapılan işlemler de rahim tahliyesi olarak kabul edilmekte, dolayısıyla gebeliğin sona erdirilmesi tanımına birebir uymamaktadır. Zira hukuken gebeliğin sonlandırılmış kabul edilmesi için rahimin tahliye edilmesi de şart olmayıp, ceninin yaşamının sona erdirilmesi yeterli kabul edilmektedir ²⁰.

B-TIBBİ AÇIDAN

1- Terimler

Tıbbi açıdan gebeliğin sonlandırılması, doğal yoldan gerçekleştiğinde, kadının yumurtalıkları yani overlerden açığa çıkan ovumun cinsel ilişki sonucu erkekten gelen spermle döllenmesiyle oluşan, ve yaklaşık 7 gün sonra ²¹ ya da IVF ²² gibi yardımcı üreme tekniklerinde vücut dışında gerçekleştirilen döllenmeyi takiben, bölünmenin belli bir evresinde yapılan transfer sonrası, rahim (uterus) iç zarına (endometrium) yerleşen ve farklılanarak embriyo (devamında fetus yani cenin) ve plasentaya şekillenen yapının ²³, sonlandırmanın amacına göre değişmek üzere, canlılığı, dolayısıyla gelişimi sona erdirilerek, ya da korunarak rahim dışına çıkarılması, yani anne vücudundan ayrılmasıdır.

Bununla beraber, çoğul gebeliklerde, diğerlerinin yaşama şansını arttırmak üzere, bir ya da birden fazla fetusun yaşamının sonlandırıldığı durumlarda bunların, selektif

19 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 718; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 307.

20 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 721.

21 PRITCHARD, Jack A/ MC DONALD, Paul C / GANT, Norman F, Williams Doğum Bilgisi, 17.Baskı, Prentice –Hall International Inc.,Appleton-Century-Crofts, Çeviri:YILMAZ, İsmail /AYDEMİR, Vedat, Güneş Kitabevi, Ankara 1989, s: 105-117.

22 İn vitro fertilizasyon: Vücut dışında döllenme, kadından alınan yumurtalarla erkekten alınan spermilerin vücut dışı ortamlarda döllenmesinin sağlanması demektir.

23 PRITHCARD / Mc DONALD / GANT, s: 105-117.

tahliyesi mümkün olmayacağından ²⁴, o fetusun canlılığı sona erdirilmiş olduğu halde rahim dışına çıkarılmayacak ve gebelik genel anlamda sonlanmamış olup devam edecektir.

Tıbben bir gebelik sonlandırılırken amacın, fetusun yaşamını sona erdirmek olması şart olmayıp, bazen de eylem fetusun yaşamını kurtarmak amacıyla gerçekleştirilmekte ²⁵, ya da fetusun rahim dışına canlı ya da ölü halde çıkıp çıkmayacağı önemli olmaksızın anneye yönelik yaşamsal bir tehlike ya da sağlık riskini bertaraf etmek üzere gerçekleştirilmekte, şayet fetus canlı doğup yaşayabilecek durumdaysa da gerekli tıbbi yardım yapılmaktadır.

Tıbbi tahliyeler (terapötik abortus), gebeliklerin fetusun dış ortamda yaşayabilirlik yeteneği kazanması, yani fetal viabilite öncesi annenin sağlığını korumak amacıyla sonlandırılması olarak, gebeliklerin isteğe bağlı sonlandırılması (elektif küretaj) ise, gebeliğin, viabilite öncesi bir dönemde, annenin isteğine bağlı olarak, ancak annenin sağlık durumu veya fetal hastalık nedenleriyle ilişkili olmaksızın sona erdirilmesi olarak tanımlanmaktadır ²⁶.

Gebelik sonlandırması yerine kullanılan kürtaj ya da tıbbi söylenişle küretaj ifadesi ise vücut boşluklarını kazıma suretiyle içindeki materyali dışarı alma anlamına geldiğinden, bu yöntem yalnızca küçük gebeliklerin sonlandırılması için kullanılmaktadır. Ancak kürtaj başka nedenlerle de yapılabileceği, ayrıca gebelikler kürtajdan başka yollarla da sonlandırılabilmesi için gebelik sonlandırılmasını anlamca birebir karşılamamaktadır. Rahim tahliyesi teriminin ise, yasal düzenlemelerde gebeliğin sonlandırılmasını karşılamak üzere kullanılmış olduğu görülse de, yukarıda da açıklandığı gibi, tıbben bu duruma ilaveten gebeliğin fetusun ölümüyle birlikte sonlandığı ama gebelik ürününün düşmeyip rahim içinde kalmaya devam ettiği, hatta gebelik ürününün bir bölümü rahim dışına atılmış olsa bile bir kısmının hala içerdiği kaldığı durumlarda da rahimin boşaltılması için bu terimin kullanılabilmesini söylemek mümkündür.

2- Yöntemler

Gebelik sonlandırılmasında kullanılan invazif yöntemleri gebelik haftasına göre değişmek üzere uterusun (rahmin) vajinal yoldan boşaltılması, uterus kontraksiyonlarını

24 EVANS, Mark/ JOHNSON, Mark, Fetal Redüksiyon, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed: QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara 1998,s: 133-136.

25 PRITHCARD / Mc DONALD / GANT, s: 1081.

26 PRITHCARD / Mc DONALD / GANT, s: 600, 601.

(rahim kasılmalarını) uyarma ve büyük cerrahi girişimler olmak üzere üç grupta toplamak mümkündür. Ayrıca erken haftadaki gebelikler bazı ilaçların kullanılmasıyla da sonlandırılabilir²⁷. On haftanın altındaki gebeliklerin annenin rızasına dayanarak isteğe bağlı sonlandırıldığı durumlarda veya embriyonun gelişmediği boş gebeliklerde ya da fetal kalp hareketlerinin izlenmediği yani embriyonun ölmüş olduğunun (missed abortus) saptandığı küçük gebeliklerde, sonlandırma genellikle rahim içine uygulanan farklı genişlikteki kanüller ve MR (menstruel regülasyon) veya vakum aletiyle negatif basınç oluşturan yöntemlerle yapılmaktadır. On haftayı aştıktan sonra, yaklaşık 12-13 haftaya kadar olan gebeliklerin de bu şekilde sonlandırılması mümkün olup, en sıklıkla fetusun kalp hareketlerinin durmuş yani ölmüş olduğu durumlarda (mord de fetus), ayrıca fetal anomalinin saptandığı durumlarda ve yine gebeliğin devamının anne yaşamı ve sağlığı açısından tehlike taşıdığı durumlarda uygulanmaktadır. Bazı durumlarda rahim içini daha iyi temizleyebilmek için küret adı verilen metal aletlerle de kazıma işlemi yapılmaktadır ve günlük dilde yaygın olarak kullanılan kürtaj terimi de kaynağını bu uygulamadan almaktadır²⁸.

Gebeliğin daha ileri haftalarında MR, vakum aspirasyon ya da kürtaj yoluyla gebeliğin sonlandırılması genelde mümkün olmayıp çeşitli yöntemlerle rahim ağzının genişletilmesi ve rahim kasılmalarının başlatılması sağlanarak gebelik bir tür minyatür doğumla sona erdirilmektedir. Uygulanacak yöntemi seçmede gebeliğin hangi amaçla sonlandırıldığından ziyade haftası ve annenin sağlık durumu ve genital organlarının özellikleri belirleyici olmaktadır. İleri hafta gebeliklerin sonlandırılması ise yine erken doğumun başlatılması veya histerotomi (rahim üzerine yapılan sezaryen benzeri kesi) yoluyla olmaktadır²⁹.

Ülkemizde yasal olarak satışı olmayan, RU- 486 diye bilinen ve bir hormon antagonisti olan mifepristone, ve satışı yakın zamanda yasaklanmış, prostaglandin içeren

27 BRENNER, Paul F / MISCHELL, Daniel R, Doğum Kontrolü: Kontrasepsiyon, Sterilizasyon ve Gebeliğin Sonlandırılması, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, SCOTT / James R / DiSAIA Philip J, HAMMOND / Charles B, SPELLACY / William N., Çeviri Editörü: EREZ, Selçuk, 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, s: 880; SCHMIDT- MATHIESEN / Heinrich, HEPP, Hermann, Gynäkologie und Geburtshilfe, Lehrbuch für Studium und Praxis, 9.Baskı, Schattauer, Stuttgart, 1998, s: 158, 161; KOÇ / KABUKÇU, s 317-323.

28 BRENNER / MISCHELL, s: 880; SCHMIDT- MATHIESEN / HEPP, s: 158, 161; SAKALA, Elmar P, Fertility Control, Obstetrics and Gynecology, Board Review Series, Middle East Edition, Williams and Wilkins, USA, Mass Publishing Co., Egypt, 1997, s: 254-259.

29 BRENNER / MISCHELL, s: 880; SAKALA, s: 254-259.

bir mide ilacı olan ve gebeliği sonlandırmak için yan etkisinden yararlanan misoprostol, bazı durumlarda kanser ve romatizmal hastalıkların tedavisinde de kullanılan ve reçete ile satışı mümkün olan methotrexate uygun zamanda, uygun dozda kullanıldığında gebeliğin invazif işlemlere gerek kalmaksızın sonlanmasını sağlamakla beraber ³⁰, hekim kontrolü olmadan hastaların eline geçer ve bilinçsiz kullanılırsa ciddi tehlikeler oluşturmaktadır.

3- Bazı Durumlarda Yaklaşım

Gebelik erken dönemde saptanmış ve annenin yaşamını ya da sağlığını tehdit eden ya da edecek bir durumun eşlik ettiğinin de tanısı konmuş ise, gebe kadın bu konuda detaylı şekilde aydınlatılarak ve gerekirse konsültasyonlarla da tanı pekiştirilerek, olabildiğince on haftalık yasal süre içinde sonlandırılması yoluna gidilmektedir. Burada hem gebeliğin devamı ile annenin sağlığının daha fazla riske sokulmaması amaçlanmakta, hem gebeliğin büyümesi ile sonlandırma işleminin taşıyabileceği artmış risklerden kaçınılmaktadır.

Gebelik daha ileri haftalarda saptanmış ve annenin yaşamını ve sağlığını tehdit eden veya edecek bir durumun varlığı da ortaya konmuşsa, ya da gebelik erken dönemde saptanmış olmakla beraber anne açısından oluşturacağı tehlikeler sonradan ortaya çıkmışsa, anne detaylı şekilde aydınlatılarak somut duruma göre hareket edilmektedir. Şayet gebeliğin en kısa sürede sonlandırılması anne hayatını tehdit eden bir zorunluluk oluşturuyorsa, durum yasal düzenlemelere uygun şekilde gerekçelendirilerek, kaç hafta olduğuna bakılmaksızın gebelik uygun yöntemle sona erdirilmekte, ancak gebelik, viabilite ³¹ sınırı olarak kabul edilen 22-24 haftalar civarında ise ve annenin sağlık durumu kontrol altında bir süre daha beklemeye uygunsuzsa, yapılan tedaviler ile ceninin dış ortamda yaşayabilme yeteneği olabildiğince arttırılarak hem anne hem fetus için optimum zamanda gebelik sona erdirilmektedir, yani çocuk erkenden doğurtulmakta ve dış ortamda yaşatılmaya çalışılmaktadır. Bu bağlamda sonlandırmanın gerçekleştiği gebelik haftası ne kadar ileriye, etki eden başka unsurlar da bulunmakla beraber, doğan çocuğun yaşatılma şansı o kadar artmaktadır ³².

30 SAKALA, s: 254-259.

31 Viabilite: Çocuğun anneden ayrı olarak dış ortamda yaşayabilme yeteneği demektir.

32 DEPP, Richard, Fetal Durumun Klinik Değerlendirmesi, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, Ed.: SCOTT, James R / DiSAIA Philip J / HAMMOND, Charles B / SPELLACY, William N., 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, Çeviri Ed.: EREZ, Selçuk, Yüce Yayınları, Ağustos 1992, s: 367-389.

Gebelik takibi sırasında, genetik anomaliler açısından risk taşımayan gebelerde uygun zamanlarda prenatal tarama testleri yapılmakta, bu test sonuçları riskli gelen gebelerde ya da yüksek risk taşıdığı bilinen gebelerde tanı testlerine geçilmekte, ayrıca ultrasonografik kontrollerde şüpheli bulgu saptanan gebelerde daha erken, rutin uygulamada ise 20-22. gebelik haftası civarı detaylı ultrasonografiler ile fetusta yapısal bozukluklar olup olmadığı araştırılmaktadır³³. Testlerin optimum yapılma zamanları ve bazı sonuçların çıkma süreleri göz önüne alındığında anomalilerin tanısının konması pek de seyrek olmayarak fetusun dış ortamda yaşama yeteneği kazandığı sınıra ulaşabilmekte ya da ötesine de sarkabilmektedir. Ayrıca gebeliğin erken döneminde başvurmamış olgularda da tanı geç dönemde konulabilmektedir. Taşıdığı bazı risklere ve zorluklara rağmen gebeliğin sonlandırılması tıbben her haftada mümkün olmakta, hekimlerin bu durumda yaşadığı asıl önemli sorun ise, gebeliğin, hangi fetal anomaliye dayanarak kaçınıcı haftaya kadar sonlandırılabilceğine karar vermek hususunda ortaya çıkmaktadır. Çünkü NPHK' da yer alan 'ağır maluliyet' ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda netlik olmadığı için, anneyi kurtarmaya yönelik bir tıbbi zorunluluk durumunda olduğu kadar kolay karar verilememektedir. Ayrıca ağır maluliyet olduğuna karar verilen, ancak viabilite sınırının ötesinde saptanmış olgularda, canlı doğumlar nedeniyle sorunlar ortaya çıkabilmekte, böyle durumlara yol açmamak üzere, zaman zaman, sonlandırma işlemi öncesi, fetusun yaşamına anne rahminde son verilerek, ardından tahliye işlemi gerçekleştirilmektedir.

Gebelik sırasında gerek annenin ve fetusun sağlık durumunu değerlendirmeye yönelik tanı ve tedavi işlemleri, gerek gebe kadının başka bir hastalığının takibi için yapılan tıbbi müdahaleler sırasında da fetusun ölmesi ya da gebeliğin düşüğe gitmesi olasıdır. Ayrıca fetusa zarar verebilecek ama ölmesine ya da düşüğe yol açmayan bir uygulamanın yapılması, örneğin kullanılmaması gereken bir ilacın kullanılması, gebe kadına skopi uygulaması, tomografi çektilmesi gibi bir durumda gebeliğin iatrojenik (hekim uygulaması nedeniyle) zarar görmesi ve sonlandırılmasını gerektiren durumların ortaya çıkması da mümkündür.

33 CALLEN, Peter W, Obstetrikte Ultrason İncelemesi, Callen Obstetrik ve Jinekolojide Ultrasonografi, W.B.Sounders Company, 1997, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Kitapçılık, 3.Baskı, Ankara, 1997, s: 13; SAKALA, s: 49-54.

II-TARİHSEL GELİŞİM

A-GENEL OLARAK

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin tarihsel sürece bakıldığında, dinin, devlet yönetimleri ve yasama üzerindeki etkisinin göreceli olarak azaldığı seküler devlet anlayışının ortaya çıkışına kadar, dinsel ve ahlaki etkilerin konuya yaklaşımda ağırlıklı rol oynadığı görülmektedir.

Dönmezer tarafından, ilkel toplumlarda çocuk düşürmenin kadının beden bütünlüğünü ihlal eden eylemlerden sayıldığı, ancak eylem kadın ve kocası tarafından gerçekleştirilmişse genellikle cezalandırılmadığı ve bu görüşün ebeveynin çocuklar üzerindeki tasarruf yetkisinden kaynaklandığı dile getirilmektedir³⁴.

Yine Antik çağlarda gebeliklerin yaygın olarak sonlandırıldığından, Eski Mısır kanunlarında ve Hz.Musa'dan önceki dönemde çocuk düşürmenin yasaklanmadığından, Eski Ahit'de gebeliğin sonlandırılmasını yasaklayan bir hüküm olmadığından söz edilmekle beraber, Mezopotamya'da Hammurabi Kanunları'nda kadına şiddet uygulanması sonucu çocuğun düşmesine neden olanlara para cezası uygulandığı, hatta kısas olarak buna yol açanın çocuğunun öldürülmesinin öngörüldüğü³⁵, İbranilerde gebeliğin sonlandırılması halinde cezanın, kadının kocası ve hakimler tarafından belirlendiği ve kadının ölümü halinde genellikle ölüm cezası uygulandığı³⁶ belirtilmektedir.

Antik Yunan'da, Hipokrat yemininde³⁷ gebeliğin sonlandırılmasının yasaklandığı görülmektedir³⁸. Ancak bu yasaklama ile beraber, uygulamada olağan karşılanmıştır³⁹. Eylemin cenine karşı işlendiği kabul edilerek, erkek embriyoların otuz ya da kırk günlük olana kadar, kız embriyoların ise, seksen ya da doksan güne kadar ruh taşımadığına, erkek

34 Tarihi açıklama için Bkz. DÖNMEZER, s:160.

35 Tarihi açıklama için Bkz. YARSUVAT, s: 451, 452.

36 Tarihi açıklama için Bkz. DÖNMEZER, s: 160.

37 Hipokrat Andı: Hekim apollon aesculapions, hygia panacea ve bütün tanrı ve tanrıçalar adına!... and içerim, onları tanık ve şahit tutarım ki Benden ağı (zehir) isteyene onu vermeyeceğim gibi, böyle bir hareket tarzını bile tavsiye etmeyeceğim. Bunun gibi gebe bir kadına çocuk düşürmesi için ilaç vermeyeceğim.....Vegrorum arcana visa, audita intellecta nemo eliminat."
<http://www.hekimce.com/?kiid=526>.

38 ÜLMAN, Yeşim Işıl, Tıp Tarihinin Işığında Tıp Etiği, Tıp Deotolojisi ve Hukuk, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum Özel Sayısı: 2, İstanbul, Haziran, 2007, s: 48.

39 Tarihi açıklama için Bkz. KOURKOUTA, Lambrini, LAVDANITI / Maria / ZYGA, Sophia, Views of ancient people on abortion, Health Science Journal Volume 7(2013),Issue 1
<http://www.hsj.gr/volume7/issue1/7112.pdf>, s 116, Erişim T: 03.04.2014, YARSUVAT, s: 452, DÖNMEZER, s: 160.

fetusun doksan gün, dişi fetusun ise yüz yirmi günden sonra hareket etmeye başladığına inanıldığı, ancak bu dönemden sonra gebeliğin sonlandırılmasına karşı çıkıldığı belirtilmektedir⁴⁰. Platon ve Aristo da gebeliğin sonlandırılmasına olumsuz bakmamışlar, ancak Aristo gebeliğin embriyoda yaşamın henüz başlamadığı ilk dönemlerde sonlandırılmasını uygun görmüştür⁴¹.

Antik Roma'da erken dönemde, gebeliğin sonlandırılmasına hoşgörü gösterildiği, fetusun kadının bir parçası olarak kabul edildiği, ancak aile reisinin çocukları üzerindeki hakkından dolayı, yalnızca gebelik babanın rızası olmadan sonlandırıldığında cezalandırıldığı, amacın fetusun haklarının korunması yerine babanın soyunun sürdürülmesi olduğu⁴², evli olmayan kadınların ise bu konuda özgür bırakıldıkları, ancak daha sonra Hıristiyanlık etkisi ile bu yaklaşımın değiştiği, çocuk düşürtmenin cinayet olarak algılanarak ölüm cezası öngörüldüğü belirtilmektedir⁴³. *Dönmezer* de eğer gebelik ebeveynin rızası ile sonlandırılmışsa ilke olarak cezalandırılmadığını, ancak zorla sonlandırılmış ise sürgün, hatta hırs ve açgözlülük nedeniyle işlenmiş ise ölüm cezasına hükmedildiğini, suç ortaklarının da sürgün ile birlikte müsadere cezasına çarptırıldığını, kadının ölümü halinde bunlar hakkında da ölüm cezasının öngörülmüş olduğunu ifade etmektedir⁴⁴.

Ruh kazanmış ve kazanmamış fetus ayrımı Ortaçağ boyunca Katolik kilisesi tarafından yaygın kabul görmüş, henüz ruh kazanmamış fetusun öldürülmesi insan öldürme suçu olarak kabul edilmemiş, Protestan kilisesi de benzer bir görüşü benimsemiştir⁴⁵. İlerleyen dönemde kilisenin yaklaşımının daha katı olmaya başladığı, 1869 yılında Papa Pius IX tarafından çocuk düşürtmenin her durumda cezalandırılmasının öngörüldüğü, annenin ya da bebeğin hayatı tehlikede bile olsa, fetusa zarar veren uygulamalara izin verilmesinin mümkün olmadığı yönünde açıklamalar yapıldığı, devamında Katolik kilisesinin gebeliğin sonlandırılmasını tüm koşullarda yasaklama doğrultusunda hareket ettiği belirtilmektedir. Papa Pius XI'in, 1930' da evlilik üzerine görüşlerini belirttiği *Castii connubii* olarak anılan bildirgesinde anne ve fetusu eşit olarak

40 ÇOKAR, Muhtar, Kürtaj, Babil Yayınları, İstanbul 2008, s: 61.

41 KOURKOUTA / LAVDANITI / ZYGA, s: 117.

42 GÖRKEY, Şefik, Gebeliğin Sonlandırılmasında Karşılaşılan Etik Sorunlar, Ed: HATEMİ, H, DOĞAN, H, Medikal Etik (Doğum, Ölüm Süreçleri ve Yaşamın Anlamı, Yüce Yayın, İstanbul, 2001, s: 80, 81, aktaran ÇOKAR, s: 62.

43 Tarihi açıklama için Bkz. YARSUVAT, s 452.

44 Tarihi açıklama için Bkz. DÖNMEZER, s: 160.

45 GÖRKEY, s: 80, 81 aktaran ÇOKAR, s: 68.

kutsayıp gebeliğin sonlandırılmasını lanetlediğinden, bu yaklaşımın 1974 tarihli düşük bildirgesine ⁴⁶ de yansımış olduğundan söz edilmektedir ⁴⁷. Halen Hıristiyan düşüncesinde insan embriyosunun, dünyaya gelmiş bir birey gibi kabul edildiği de dile getirilmektedir ⁴⁸.

Yarsuvat da İncil’de bir kayıt bulunmamakla beraber, Hıristiyan felsefesinin çocuğun düşürülmesine karşı çıktığını, gebeliğin sonlandırılmasının çocuğun öldürülmesi olarak kabul edildiğini belirtmektedir ⁴⁹.

18. ve 19. yüzyıllarda Avrupa’da sanayileşme ve nüfus artışı gebeliklerden korunma ve sonlandırma kavramlarını da gündeme getirmiş, seküler nitelik kazanan devletler, başında bu konuya müdahale etmeseler de zamanla bazı düzenlemeler getirmişlerdir.

Özellikle İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri’nde bu dönemde ortaya çıkan önemli gelişmeler, tezimizin ilerleyen bölümünde ‘Bazı Ülkelerdeki Durum’ başlığı altında ele alınmıştır.

Ortodoks Kilisesi’nin etkisiyle 1917 devrimi öncesinde Rusya’da gebeliklerin sonlandırılması her koşulda yasaklanmış iken ⁵⁰, Sovyetler Birliği’nin kurulmasını takiben 1920’de serbest bırakılmış ve gebeliğin yasal şekilde sonlandırılmasına izin veren ilk ülke olmuştur. 1936-1955 arası Stalin döneminde, gebeliğin sonlandırılması annenin hayatı ve sağlığı açısından zorunluluk durumları dışında yasaklansa da, Stalin’in ölümünün ardından yeniden izin verilmiş ⁵¹, 1988 yılında düşük ile ilgili kanunlar yenilenerek uygulama süresi uzatılmış ve pek çok sağlık dışı gerekçe de kabul edilmiştir ⁵².

Dünya ülkelerinin, hali hazırda, düşük kanunlarının gebelik sonlandırmasına izin veren nedenleri göz önünde tutularak, gebeliğin sonlandırılmasını bütünüyle yasaklayan veya kadının yaşamı tehlike altındaysa izin veren, kadının yaşamının tehlike altında olmasına ilaveten bedensel sağlığın korunması amacıyla izin veren, bu iki nedenin ötesinde kadının ruh sağlığın da korunması amacıyla izin veren, tüm bu nedenlere ilaveten

46 Declaration on Procured Abortion, The Embryo Project Encyclopedia, <http://embryo.asu.edu/pages/declaration-procured-abortion>, Erişim T: 03.04.2014.

47 ÇOKAR, s: 70, 71.

48 METİN, Sevtap, Bio-Tıp Etiği ve Hukuk, XII Yayıncılık, İstanbul 2010, s: 29.

49 Bkz. YARSUVAT, s: 452.

50 ÇOKAR, s: 160.

51 STEWART, Meghan, Curbing Reliance on Abortion in Russia, <http://www.wcl.american.edu/hrbrief/11/3stewart.pdf>, Erişim T: 03.04.2014.

52 Abortion Policies, A Global Review, Country Profiles, <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, 28.02.2014.

toplumsal ve ekonomik nedenlerle izin veren ve sayılan tüm nedenlerin yanı sıra herhangi bir neden aranmaksızın izin veren ülkeler olarak kategorize edildiği görülmektedir ⁵³.

Gebeliğin sonlanmasına kadının yaşamının tehlikede olması yanı sıra bedensel sağlığın korunması amacıyla izin veren ülkelerde, kanunlar genellikle sağlığın ciddi ve kalıcı olarak zarar görmesini göz önüne almaktadır. Bunun yanı sıra ruh sağlığının korunmasını da göz önüne alan ülke kanunlarında bu husus açık olarak belirtilmiş olup, toplumsal, ekonomik koşullar ve suç sonucu oluşan gebelikler de bazen ruh sağlığının bozulması endikasyonu içinde kabul edilebilmektedir. Toplumsal ve ekonomik nedenlerle gebeliğin sonlandırılabilirdiği ülkelerde, kadının gelir düzeyi, yaşı, evlilik durumu ve çocuk sayısı da göz önüne alınmaktadır. Gebeliğin bir nedene bağlı olmaksızın isteğe bağlı sonlandırılabilirdiği ülkelerin çoğunda, bu hizmetlerden yararlanılması, 8, 10, 12, 14, 18, 24 hafta gibi, fetusun rahim içinde yaşama yeteneği kazanmasından hemen öncesine kadar uzayabilecek şekilde, bir süre sınırlamasına tabi tutulmaktadır ⁵⁴.

Avrupa ülkelerinin birçoğunda kadınların gebeliğin sonlandırılması öncesi zorunlu olarak danışmanlık alması gerekmekte ve bu danışmanlık alma zorunluluğu, kadınların kararlarını gözden geçirmeleri için genellikle bir bekleme süresinin geçmesi koşulu ile birlikte uygulanmaktadır ⁵⁵.

Aralarında ülkemizin de bulunduğu Japonya, Hindistan ve Norveç gibi bazı ülkelerde gebeliğin sonlandırılabilmesi için eşlerinin ya da anne babalarının onaylarının alınması gerekmektedir. İngiltere ve İsrail gibi ülkelerde ise gebeliğin sonlandırılabilmesi için bir başka hekimin ya da hekimler grubunun onayına gereksinim duyulmaktadır ⁵⁶.

53 World Abortion Laws 2009 Fact Sheet, Center for Reproductive Rights, <http://reproductiverights.org/en/document/world-abortion-laws-2009-fact-sheet>, Erişim T: 04.03.2014.

54 Abtreibung in Europa, <http://www.svss-uspda.ch/de/facts/europa.htm>, Erişim T:22.01.2014;

World Abortion Policies, http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/policy/WorldAbortionPolicies2013/WorldAbortionPolicies2013_WallChart.pdf, Erişim T: 03.04.2014; HATCHER / KOWAL / GUEST / TRUSSELL/ STEWART,F / STEWART, G, BOWEN / CATES, Kontraseptif Yöntemler, Uluslararası Basım, Çeviri Ed: DERVİŞOĞLU, Ayşe Akın, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, 1990, s: 74-81.

55 Abtreibung in Europa, <http://www.svss-uspda.ch/de/facts/europa.htm>, Erişim T:22.01.2014.

56 World Abortion Policies, http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/policy/WorldAbortionPolicies2013/WorldAbortionPolicies2013_WallChart.pdf, Erişim T: 03.04.2014.

B-İSLAM HUKUKU VE OSMANLI HUKUKU

İslam'da organize din adamları sınıfının olmayışı nedeniyle, hukuki ve etik meselelerin Şeriat'a uygun çözümü de dini hukuk alimlerinin bağımsız araştırmalarına ve yorumlarına dayalı kaldığı için, çoklu görüşlerin varlığına yol açmış, ayrıca farklı mezhep ve hukuk okullarının varlığı ve farklı kültürel özellikler de bu durumu desteklemiştir ⁵⁷. Bununla beraber, genel olarak, ceninin hayatını korumak amacıyla getirilmiş hükümler bulunduğu, cenine karşı gerçekleştirilecek eylemlerin suç olarak ele alındığı ve cezalandırıldığı belirtilmektedir ⁵⁸

Kur'an-ı Kerim'de, doğrudan çocuk düşürme ile ilgili bir ayetin bulunmadığı ⁵⁹, ancak Allah'ın insanları rızıklandırması dolayısıyla fakirlik yüzünden çocuk öldürenin büyük günah işleyeceğini bildiren ve böylece çocuk öldürme eylemini yasaklayan bir ayetin yer aldığı belirtilmektedir ⁶⁰. Hayatın başlangıç anına ilişkin olarak, Kur'an-ı Kerim'in, döllenmiş yumurtadan başlayarak doğum anına kadar, insan organizmasının gelişim evrelerini belirttiği, ancak bu evrelerin her birinin ne zaman başlayıp ne zaman diğerine geçildiğini açıkça söylemediğinden, bu ana ilişkin kesin bir belirlemenin de bulunmadığı ifade edilmektedir ⁶¹. İslam hukukçuları farklı yorumlara dayanarak, kimileri hayatın başlangıç anı olarak döllenmeyi, kimileri döllenmiş yumurtanın ana rahmine yerleşmesini esas almışlardır. Ayrıca ruhun üflendiği varsayılan kırkıncı güne kadar ceninin hukuki koruma altında bulunmadığını kabul edenlerin yanı sıra bu süreleri sekseninci hatta yüz yirminci güne uzatanlar da de bulunmaktadır. Özellikle klasik dönem İslam bilginleri arasında ruhun yüz yirminci günde üflendiği, dolayısıyla gebeliğin oluşmasından dört ay sonra yapılan sonlandırmaların günah sayılacağı konusunda, görüş birliği olduğu ifade edilmektedir ⁶². Gebeliğin sonlandırılmasına, annenin sağlığı ve

57 METİN, s: 22.

58 KONAN, Belkıs, ' Osmanlı Devleti'nde Çocuk Düşürme Suçu' , Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2008, C.57, Sa 4, s: 321.

59 YURTCAN, Erdener, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990, s: 29.

60 DEMİRCİ, Tuba; SOMEL, Selçuk Akşin, ' Women's Bodies, Demography, and Public Health: Abortion Policy and Perspectives in the Ottoman Empire of the Nineteenth Century' , Journal of the History of Sexuality, Vol. 17, No. 3, September 2008, s 382; METİN, s 24, dn 4. ; KONAN, s 322.

61 METİN, s: 22.

62 DEMİRCİ / SOMEL, s: 383; METİN, 23, dn 3; KONAN, s 323.

hayatının tehlikede olması veya emzirmekte olduğu çocuğun süttten kesilmemesi gibi nedenlerle izin verildiği belirtilmektedir ⁶³.

Çocuk düşürtme, yani ıskat-ı cenin suçunun işlenmesi halinde ceza olarak *gurre* tabir edilen bir tazminat ödenmesi öngörülmüştür. *Gurre*, ceninin mirası kabul edilip, düşmesine sebep olan kimse dışında ceninin varisleri arasında paylaştırılmıştır ⁶⁴. Gurrenin ödenmesi için, gebeliğin kasten veya hata ile sonlandırılmış olması, eylemin anne veya baba tarafından işlenmiş olması gibi faktörler önemli olmamaktadır ⁶⁵. Gurrenin miktarının, yaklaşık 212,5 gr altın, veya 1785 gr gümüş olduğu söylenmektedir ⁶⁶. Şafii ve Hanbeli alimleri *gurre* ile birlikte ayrıca kefaret ödenmesini de gerekli görmüşlerdir ⁶⁷. *Yurtcan* ise çocuk düşürtmenin diyetinin 500 dirhem olduğu şeklinde bilgi vermektedir ⁶⁸.

Osmanlı İmparatorluğu'nda aile hayatına, özellikle çocukların haklarına ve sağlıklarına büyük önem gösterildiği, koruyucu yasal düzenlemelerin yapıldığı, bunda ayrıca nüfusun azlığını engelleme kaygısının da bulunduğu belirtilmektedir ⁶⁹. 1838 Fermanı'nın ilanından önce padişah buyruklarıyla ⁷⁰, sonrasında ise hazırlanan ceza kanunnamelerindeki hükümlerle ıskat-ı cenin (çocuk düşürme) yasaklanmış, ıskat-ı cenini gerçekleştirenler ile yardım edenler ise para cezası, hapis, kürek, sürgün gibi cezalara çarptırılmıştır ⁷¹. Yine öğretide diğer yazarlarca gebeliğin sonlanmasına neden olan fail için uyarı, diyet ile zararın denkleştirilmesi, hapis, hatta müebbet hapis cezalarından söz edilmekte, bununla beraber gebelik kadın ve kocasının rızasıyla sonlandırılmışsa cezanın öngörülmeyeceği, özellikle erkeğin rızasına itibar edilmiş olduğu belirtilmektedir ⁷². 1786'da yayınlanan bir ferman ile gebeliğin sonlanmasına neden olan bir gayrimüslim eczacı cezalandırılmış, 1789'da yayınlanan bir başka ferman ile gebeliği sonlandırabilecek ilaçların hekimler ve eczacılar tarafından satılması yasaklanmıştır ⁷³. Bu dönemde çocuk düşürmek amacıyla çalışan ebelerin olduğu da belirtilmiş, 1827 tarihinde yayınlanan bir

63 KONAN, s: 323; YARSUVAT, s: 453.

64 YURTCAN, s: 31.

65 KONAN, s: 327.

66 METİN, s: 27.

67 METİN, s: 27, dn 11; YARSUVAT, s: 453.

68 YURTCAN, s: 31.

69 ŞİMŞEK, Fatma / EROĞLU, Haldun / DİNÇ, Güven, 'Osmanlı İmparatorluğu'nda İskat-ı Cenin', Uluslar arası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 2/6, Kış 2009, s:594, 595.

70 KONAN, s:327.

71 ŞİMŞEK / EROĞLU / DİNÇ, s: 601, 603.

72 DEMİRCİ / SOMEL, s: 384.

73 ŞİMŞEK / EROĞLU / DİNÇ, s: 597; DEMİRCİ / SOMEL, s: 386.

başka ferman ile kadınlara gebeliği sonlandırmak için ilaç sağlayan iki Musevi ebeye Selanik'e sürgün cezası verilmiştir ⁷⁴. Söz konusu fermanlar, 1838 öncesinde de ıskat-ı cenini önleyici idari adımların atıldığını göstermekte olup, 1838 Fermanıyla bu tutum çok daha sistematik ve tutarlı bir nitelik kazanmıştır ⁷⁵.

II.Mahmut döneminde, ilk defa, ıskat-ı ceninin önlenmesi konusunda kararlı ve kapsayıcı bir devlet politikasını gündeme getiren 1838 Fermanı ile, Şeriat alanına dahil sayılan bir özel hukuk sorunu devlet politikasının konusu haline dönüşmüştür ⁷⁶. İmparatorluktaki tüm hekimlerin, ebelerin ve eczacıların kadınlara gebeliği sonlandıran ilaçlar vermemeleri konusunda uyarılmaları ve mahallelerde gerçekleşen düşük vakalarının kolluk kuvvetlerine bildirilmesi, bu vakaları bildirmeyen kimselere ve gebeliği sonlandıran karı-kocaya ceza verilmesi öngörülmüştür ⁷⁷.

Temelde nüfus azlığına ilişkin kaygılarla çıkartıldığı belirtilen 1838 Fermanı, gebeliklerin sonlandırılmasına karşı, imparatorluğun çöküşüne kadar sürecek tutarlı bir politikanın başlangıcını oluşturmuşsa da, bu politikalar hemen kanun maddelerine yansımamış, çocuk düşürmeye ilişkin ilk ceza yaptırımları ancak 1858 tarihli Ceza Kanunu'nda (Ceza Kanunnamei Humayunu) yer almıştır ⁷⁸. *Yurtcan*, bu kanunun genel kısım, suç genel teorisi, yargılama kurallarını içerdiğinden, Batı toplumlarındaki ceza kanunlarına benzer nitelik taşıyan ilk kanun olduğundan da söz etmektedir ⁷⁹. Kanunun 192. ve 193. maddelerinde çocuk düşürtme suçu hükme bağlanmış olup, buna göre ıskat-ı cenine sebep olan fail gurre ödeyecek, suçu kasten işlemesi halinde ise geçici kürek cezasına çarptırılacaktır. Ayrıca yine çocuğun düşmesine neden olan fail için 6 ay ile 2 yıl arasında hapis cezası da öngörülmüştür. Bu kanunda hem İslam hukukunun etkileri hem de örnek alınan Fransız Ceza Kanunu'nun etkilerinin bir arada bulunduğu ⁸⁰, ve kanunun arada yapılan değişikliklerle beraber, ana hatlarıyla 1926 yılına kadar geçerliliğini koruduğu belirtilmektedir ⁸¹. *Yurtcan*, kanunun 192. ve 193.maddelerindeki hükümler ile ilgili detaylı açıklamalarda bulunmaktadır ⁸².

74 KONAN, s:327; ÇOKAR, s: 203; DEMİRCİ / SOMEL, s: 386.

75 ŞİMŞEK / EROĞLU / DİNÇ, s: 598; DEMİRCİ / SOMEL, s: 386.

76 ŞİMŞEK / EROĞLU / DİNÇ, s : 601; DEMİRCİ / SOMEL, s: 385.

77 ÇOKAR, s 203; ŞİMŞEK/ EROĞLU/ DİNÇ, s: 601.

78 YURTCAN, s: 30.

79 YURTCAN, s: 30, 31.

80 KONAN, s: 331, 332.

81 DEMİRCİ / SOMEL, s: 382.

82 Bkz. YURTCAN, s: 32.

C-TÜRKİYE CUMHURİYETİ DÖNEMİ

Cumhuriyet döneminde gebeliğin sonlandırılması ile ilgili yasal düzenlemelerin gelişim aşamaları incelendiğinde, gebeliğin sonlandırılmasının yasak olduğu bir dönemden, aradaki geçiş dönemini takiben, gebeliğin belli tıbbi durumların yanı sıra ilk on hafta içinde isteğe bağlı sonlandırılmasının da serbest olduğu aşamaya kadar üç dönemi ayırt etmek mümkündür⁸³. Cumhuriyet'in ilk yıllarında nüfusun azlığının getirdiği baskılar nedeniyle doğumların artmasını destekleyen politikalar izlenmiş, ve gebeliklerin sonlandırılması 1965 yılına kadar yasaklanmıştır⁸⁴. Nüfus artışının olumsuz sonuçlarının fark edilmesi ve planlı ekonomiye geçilmesiyle, gebeliklerin önlenmesi ve sonlandırılması ile ilgili yaklaşımlar da değişmiş, 1965 yılında 557 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve 1967 tarihinde buna bağlı çıkarılan Tıbbi Zaruret Halinde Gebeliğin Sona Ertirilmesi ve Sterilizasyon Yapılması Hakkında Tüzük ile⁸⁵, annenin yaşamının tehlikede olduğu durumlarda gebeliğin sonlandırılmasına başvurulabileceği belirlenmiştir⁸⁶. Bu geçiş aşamasını, 1983 yılında gebeliğin ilk on haftası içinde kadının isteği ile sonlandırılmasına da izin verilen dönem izlemiştir⁸⁷.

1- Gebeliğin Sonlandırılmasının Yasak Olduğu Dönem

Bu dönem 1923-1965 yılları arasını kapsamaktadır. Ülke, Birinci Dünya Savaşı ve Kurtuluş Savaşı'ndan büyük ekonomik ve demografik kayıplarla çıkmış olduğundan, 1923 yılında Cumhuriyet'in ilanını takiben, nüfus azlığının ekonomik kalkınma önünde engel olduğu gerekçesiyle, hükümetler, doğum yanlısı (pronatalist) bir nüfus politikası izlemişler, buna uygun olarak da yasal düzenlemeler hem gebeliğin sonlandırılmasını hem de gebelikten korunmayı yasaklayacak şekilde olmuştur⁸⁸.

Doğumların sınırlandırılmasını yasaklayan düzenlemeler Türk Ceza Kanunu ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile getirilmiştir⁸⁹. 01.03.1926 tarihli 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile gebeliklerin sonlandırılması her ne sebeple olursa olsun yasaklanmıştır.

83 YURTCAN, s: 19, 20, 23.

84 KURT, s: 66.

85 Açıklama için bkz. ÇOKAR, s: 206; YURTCAN, s: 39.

86 KURT, s: 66.

87 ÇOKAR, s: 201,202.

88 ÇALI, Şanda, Nüfus ve Nüfus Sorunları, Aile Planlamasında Temel Bilgiler, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul 1997, s: 22.

89 YURTCAN, s: 20.

Ceza Kanunu'nun 468 - 472 maddelerinde yer alan çocuk düşürme ve düşürtme suçları⁹⁰, kanunun sistematığı içinde önce 'Şahıslara Karşı Cürümler' babında yer almış ve fasıl başlığı da 'Kasten Çocuk Düşürmek ve Düşürtmek' biçiminde düzenlenmiş iken 11.06.1936 tarihli ve 3038 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, fasıl başlığı 'İrkin Tümlüğü ve Sağlığı Aleyhine Cürümler' olarak değiştirilmiş, dolayısıyla nüfusun artışı engelleyici her fiil, ırkın tümlüğünü zedeleyen bir davranış olarak nitelendirilmiştir⁹¹.

2-Geçiş Dönemi

1950'li yıllardan başlayarak Türkiye'de hızlı nüfus artışı ve beraberinde sanayileşme ile birlikte kentlere göç, artan nüfus yüzünden başta sağlık, çevre ve istihdam olmak üzere çeşitli sorunların da artması, doğurganlık tercihlerindeki değişiklikler ve yasadışı gebelik sonlandırmalarının oluşturduğu problemler üzerine, 1958'de kurulan alt komisyonun yaptığı çalışma raporları da göz önüne alınarak, 01.04.1965 tarihinde 557 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Nüfus planlaması ve gebelikten korunma ile ilgili düzenlemelerin de yer aldığı kanunda, 'gebeliğin ana hayatını tehdit ettiği veya edeceği, ruşeymin veya ceninin gelişmesini imkansız kılan veya doğacak çocuk ve onu takip edecek nesiller için ağır maluliyet teşkil edecek haller' olarak tanımlanan tıbbi zorunluluk durumlarında sona erdirilmesine izin verilmiştir. 557 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'a bağlı olarak, 12.06.1967 tarihinde yürürlüğe konulan Tıbbi Zaruret Halinde Gebeliğin Sona Erdirilmesi ve Sterilizasyon Yapılması Hakkında Tüzük'te, çocuk düşürme ve kısırlaştırmayı gerekli kılan hastalıklar sayılmış ve bu gibi işlemlere karar

90 Bu maddeler gözden geçirildiğinde, 468 maddede, ilaç ve vasıtalar kullanarak çocuğunu düşürten ya da buna rıza gösteren kadın için altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörüldüğü, 469. maddede, uygun vasıtalar kullanarak gebe kadının çocuğunu rızasıyla düşürten fail için bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörüldüğü ve ayrıca bu eylem neticesi kadının ölmesi durumunda fail için dört yıldan yedi yıla kadar ağır hapis cezası öngören ağırlaştırılmış halinin de bu maddede düzenlenmiş olduğu, ölümün rıza gösterilenden başka vasıtalar kullanılması ile oluşması halinde ise beş yıldan on yıla kadar ceza öngörüldüğü, 470. maddede kadının rızası hilafına gebeliğin sonlandırılması durumunda yedi yıldan on yıla kadar hapis, kadının ölümü durumunda on beş yıldan başlamak üzere ağır hapis cezası öngörüldüğü, failin koca olmasının ise cezanın 1/6 oranında ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlendiği, 471.maddede, failin kamunun sağlığını korumak durumunda olan bir meslek veya sanat mensupları tarafından kendilerine tahsis edilmiş araçları kullanarak kadının ölümüne neden olmaları halinde cezanın 1/6 oranında arttırılacağı öngörüldüğü, 472. maddede ise hafifletici bir neden olarak, kişinin kendi ya da akrabalarının şerefini korumak amacıyla gebeliği sonlandırmasının cezanın 1/2 -1/3 oranında indirilmesini öngören bir hafifletici nedenin düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bkz. YURTCAN, s: 33,34, 35.

91 ÇOKAR, s: 208.

verecek olan kurullar belirlenmiştir. Bu kanun ile gebeliğin sonlandırılması konusunda ilk kez ceza kanunu dışında bir düzenleme getirilmiştir⁹².

3 - Gebeliğin İsteğe Bağlı Sonlandırılmasının Belli Koşullarda Serbest Olduğu Dönem

557 sayılı kanunda yapılmış olan düzenlemelere rağmen uygulamada istenen sonuçların alınamaması ve düşüklere bağlı ölümlerin giderek artması, yeni düzenlemeleri gündeme getirmiş, gebeliğin belirli bir süresi içinde, gebe kadının istemi ile sonlandırılmasının, suç teşkil edip etmemesi konusunda 1971 yılında başlayan resmi inceleme ve tartışmalar, 2827 sayılı ‘Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 24.05.1983 tarihinde kabul edilmesiyle sonuçlanmıştır. Kanunu ‘Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’ ve ‘Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütme Yönetmeliği’ ile çocuk düşürme ve düşürtme eylemleri belli koşullarda suç olmaktan çıkarılmıştır. 2827 sayılı NPHK yürürlüğe girdiği tarihten bu yana ülkemizde gebeliklerin sonlandırılması ile ilgili mevzuatı oluşturan başlıca iki kanundan biri olmaya devam etmektedir. Mevzuatı oluşturan ikinci kanun olan 765 sayılı TCK’nın çocuk düşürtme ve kısırlaştırmayla ilgili 468 - 472. maddeleri de 2827 sayılı kanun ile dördüncü kez değişikliğe uğramış ve 26.09.2004 tarih 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu tarafından 01.06.2005 tarihinde ilga edilene kadar bu haliyle kalmıştır. 5237 sayılı TCK’da ise gebeliğin sonlandırılmasıyla ilişkili suçlar 99. ve 100. maddelerde hüküm altına alınmıştır.

III- BAZI ÜLKELERDEKİ DURUM

A-İNGİLTERE

İngiliz hukukunda, ilk kez 1803’te Ellenborough Kanunu olarak bilinen kanunla gebeliklerin sonlandırılması ceza hukuku kapsamında suç olarak ele alınmış, gebelik fetusun hareketinden önceki dönemde sonlandırıldığında ön dört yıla kadar sürgün ve kırbaç gibi göreceli az cezalar öngörülmüş iken, fetusun hareketlenmesinden sonra sonlandırıldığı takdirde ölüm cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. 1861’de yürürlüğe

92 ÇOKAR, s: 213.

giren Kişiyeye Karşı Suçlar Kanunu (Offences Against the Person Act) ile bir kadının düşük yapmasını sağlayan, ona yasadışı şekilde zehirli ilaçlar ve maddeler uygulayan kişi ile aynı işlemleri kendi gerçekleştiren ya da buna rıza gösteren kadın hakkında hapis cezaları öngörölmüştür⁹³.

1929'da Çocuk Yaşamını Koruma Kanunu (Infant Life Preservation Act) ile viable bir fetusu, ki 28 haftalık olarak ele alınmıştır, gebe kadının hayatının tehlike olması dışındaki tüm durumlarda öldürmek yeni bir suç olarak tanımlanmış⁹⁴, ama bu süreden önce gebeliğin sonlandırılmasının yasal olup olmadığı konusunda bir açıklık yer almamıştır⁹⁵.

1938 tarihli önemli bir gelişme ise İngiliz Merkezi Ceza Mahkemesi'nin (Central Criminal Court) Rex v. Bourne kararı⁹⁶ olup, askerlerin cinsel saldırısı sonucu gebe kalan 14 yaşında bir kızın gebeliğini sonlandıran Dr.Alex Bourne'un yargılama sonucu beraatine karar verilmiştir. Mahkeme, gebelik sonlandırılmamış olduğu takdirde kızın ruh ve beden sağlığının ağır biçimde zedeleneceği gerekçesiyle hekimin uygulamasını haklı bulmuştur⁹⁷. Bu karar gelecekteki düşük vakalarında da emsal oluşturmuştur⁹⁸.

1967'de çıkarılan Düşük Kanunu (Abortion Act), gebeliklerin sonlandırılmasına belli koşullar altında izin vermiştir. 1991'de yürürlüğe giren İnsan Fertilizasyon ve Embriyoloji Kanunu (Human Fertilisation and Embriology Act) ile Düşük Kanunu'nda bazı değişiklikler yapılmış, iki hekim tarafından belgelendirilmek üzere çok geniş sonlandırma endikasyonlarına izin verilmiş, gebeliğin sonlandırılabilceği viabilite sınırı 24 haftaya indirilmiş, ayrıca, daha ileri gebeliklerin hangi koşullarda sonlandırılabilceği konusunda da düzenlemeler yapılmıştır⁹⁹.

93 History of Abortion Law in the UK, <http://www.abortionrights.org.uk/index.php/media-and-resource-centre/abortion-law/275>, Erişim T: 28.03.2014.

94 MASON, J.K. / McCALL SMITH, R.A., Law and Medical Ethics, 3. Baskı, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 1991, s: 102; SOYSAL, Zeki, Gebelik ve Düşük, Simpson Adli Tıp, Ed: KNIGHT, Bernard, Çeviri Ed: BİRGEN, Nur, Bilimsel ve Teknik Yayınları Çeviri Vakfı, İstanbul 1995, s: 213.

95 Abortion Policies, A Global Review, Major Dimensions of Abortion Policy, <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, Erişim T: 07.01.2014.

96 [1939] 1 K. B. 687 3 All E. R. 615 (1938) Central Criminal Court <https://www.msu.edu/user/schwenkl/abtrbng/rvbourne.htm>, Erişim T: 10.08.2014

97 MASON / McCALL SMITH, s: 102.

98 Abortion Policies, A Global Review, The Population Policy Data Bank, Population Division of the Department of Economics and Social Affairs of the United Nations Secretariat, <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, Erişim T:22.01.2014.

99 MASON / McCALL SMITH, s 102; History of Abortion Law in the UK, <http://www.abortionrights.org.uk/index.php/media-and-resource-centre/abortion-law/275>, Erişim T:

Düşük Kanunu halihazırda İngiltere, İskoçya ve Galler’de uygulanmaktadır, Kuzey İrlanda’da ise yürürlükte değildir. İngiltere, İskoçya ve Galler’de gebelikler, annenin hayatını, beden ve ruh sağlığını korumak üzere, ayrıca fetal anomali varlığında ve ekonomik ve sosyal nedenlerle sonlandırılmakta, ancak tecavüz ve ensest sonucu oluşan gebelikler ile isteğe bağlı sonlandırmalara, yasal düzenlemelerde yer aldığı şekliyle izin verilmemektedir. Bununla beraber, iki hekimin, acil durumlarda tek hekimin, 1967 tarihli Düşük Kanunu’nda gerekli görülen tıbbi nedenlerin varlığını belgelendirmeleri durumunda gebelikler, hukuka uygun şekilde ilk 24 hafta içinde sonlandırılabilir ¹⁰⁰. Acil durumlar haricinde sonlandırma işlemleri, Ulusal Sağlık Hizmetleri hastanelerinde veya doğum evleri, özel hastaneler ve kabul görmüş diğer yerlerde yapılabilmektedir ¹⁰¹.

İki hekimin iyi niyetli bir şekilde, gebeliğin 24 haftayı aşmamış olduğunu ve gebeliğin devamının, anne ve ailedeki çocuklardan biri üzerinde oluşturacağı fiziksel ve ruhsal sağlığı etkileme riskinin, gebeliğin sonlandırılması ile oluşacak riskten daha fazla olduğunu veya annenin fiziksel ve ruhsal sağlığına yönelik ciddi bir tehlikenin ortadan kaldırılması için gebeliğin sonlandırılmasının gerekli olduğunu, veya gebeliğin devamının anne hayatı için oluşturacağı riskin gebeliğin sonlanması ile oluşacak riskten daha fazla olduğunu, veya çocuğun ciddi şekilde özürle kalmasına yol açacak fiziksel ya da mental anomali riskinin mevcut olduğunu ortaya koymaları gerekmekte ve anne ve mevcut çocuğun sağlığı için oluşacak tehlikeler belirlenirken de içinde buldukları ya da bulunmalarının öngörüldüğü çevrenin dikkate alınacağı belirtilmektedir ¹⁰². Dolayısıyla İngiltere’de gebeliklerin aslında isteğe bağlı olarak sonlandırılabilir durumda olduğu görülmektedir ¹⁰³.

Ancak 1861 tarihli Kişiyeye Karşı Suçlar Kanunu’nun, gebeliğin sonlanmasının sağlanması ve gebe kadının da aynı girişimde bulunmasını yasaklayan ve terapötik nedeni

28.03.2014; SOYSAL, Zeki, Gebelik ve Düşük, Simpson Adli Tıp, Ed: KNIGHT, Bernard, Çeviri Ed: BİRGEN, Nur, Bilimsel ve Teknik Yayınları Çeviri Vakfı, İstanbul 1995, s: 213.

100 SOYSAL, s: 213.

101 Abortion Policies, A Global Review, The Population Policy Data Bank, Population Division of the Department of Economics and Social Affairs of the United Nations Secretariat,

<http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, Erişim T:22.01.2014.

102 MASON / McCALL SMITH, s. 104, 105; SOYSAL, s: 213; Abortion Act, 1967,

<http://worldabortionlaws.com/map>, Erişim T:03.04.2014.

103 Policies, A Global Review, The Population Policy Data Bank, Population Division of the Department of Economics and Social Affairs of the United Nations Secretariat,

<http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, Erişim T:22.01.2014.

sonlandırmalarla kriminal sonlandırmalar arasında ayırım yapmayan 58 ve 59. maddelerinin¹⁰⁴ yürürlükten kalkmamış olduğu da belirtilmektedir¹⁰⁵.

B-AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Amerika Birleşik Devletleri'nde pek çok eyaletin, gebeliklerin sonlandırılmasını geniş ölçüde kısıtlayan kanunları yürürlüğe koydukları 1845 tarihine kadar, geleneksel common law (içtihat hukuku) uyarınca, fetus kıpırdamaya başlayıncaya kadar, gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmiş¹⁰⁶, 1800'lü yılların ortalarında İngiltere'dekine benzer kanunlar gündeme gelmeye başlamış, önce az sayıda eyaletten başlayarak gittikçe daha fazla eyalette gebeliğin sonlandırılması yasaklanmıştır¹⁰⁷. Yirminci yüzyıl ortalarına kadar devam eden bu süreç sonrası, 41 eyalet, gebeliğin devamının yalnızca anne hayatını tehlikeye sokması durumunda sonlandırılmasına izin verirken, geri kalan eyaletler ayrıca kadının beden sağlığının risk altında olduğu durumlarda da izin vermişler, 1960'ların ortalarında kadınların ruh sağlığının etkilenmesi de bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiş, ve çeşitli eyaletlerde daha liberal düzenlemeler yapılarak gebeliklerin yasal şekilde sonlandırılmasına imkan sağlanmıştır¹⁰⁸. Bu düzenlemelerin gündeme gelmesinde 1967'de İngiltere'de kabul edilen Düşük Kanunu'nun da etkili olduğu söylenmektedir¹⁰⁹.

1967 yılından itibaren Kaliforniya'dan başlayarak eyaletlerde gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılmasına izin veren kanunlar çıkarılmış, gebeliğin sonlandırılmasını yasaklayan düzenlemeler yürürlükten kaldırılmış, reformlar yapılmış, ancak tüm ABD'de dönüm noktası 1973 tarihli Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi Kararları olmuştur.

Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan içtihat hukukuna göre gebeliğin sonlandırılması konusunda Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararları belirleyici

104 Offences Against the Person Act 1861, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/24-25/100/section/58>, Erişim T:28.03.2014.

105 MASON / McCALL SMITH, s: 101, 102.

106 Abortion Policies, A Global Review, The Population Policy Data Bank, Population Division of the Department of Economics and Social Affairs of the United Nations Secretariat, <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, Erişim T:22.01.2014.

107 ÇOKAR, s: 80.

108 Abortion Policies, A Global Review, The Population Policy Data Bank, Population Division of the Department of Economics and Social Affairs of the United Nations Secretariat, <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, Erişim T:22.01.2014.

109 MASON / McCALL SMITH, s: 106.

olmaktadır. 1973 yılında Yüksek Mahkeme'nin Roe vs Wade ¹¹⁰ ve Doe vs Bolton ¹¹¹ davalarında verdiği kararlar yeni bir dönemin başlangıcını oluşturmuş, bu kararlar ile annenin özerkliği fetusun haklarından üstün tutulmuştur ¹¹². Bu davalarda mahkeme, bir kadının gebeliğini ilk trimester içinde sonlandırma kararının yalnızca kendisi ile hekim arasında bir mesele olduğunu, fakat eyaletlerin bireysel olarak, ikinci trimesterdeki düşüklere kadının sağlığının korunmasına yönelik olarak düzenleyebileceklerini, ancak fetal viabilite sonrası ve gebeliğin üçüncü trimesterinde eyaletlerin, annenin hayatının ve sağlığının kurtarılmasının zorunlu olduğu haller dışında gebeliğin sonlandırılmasını yasaklayabileceklerini öngörmüştür. Yüksek Mahkeme ayrıca fetusun bir kişi olmadığını ve viabilite aşamasına gelene kadar da Birleşik Devletler Anayasası'nın koruma güvencesinde olmadığını belirtmiştir. Viabilitenin ise 24 - 28. gebelik haftalarında gerçekleştiği tanımlanmıştır. Yüksek Mahkeme'nin 1973'teki Roe vs Wade ve Doe vs Bolton kararlarına dayanan eyaletler, düşük kanunlarında birbiriyle bağlantılı yapılandırmalara gitmişlerdir ¹¹³.

Yıllar içinde Yüksek Mahkeme'nin, Roe vs Wade kararındaki tutumundan bazı değişiklikler gösterdiği, bu önemli kararlardan birinin 1989 tarihli Webster (Webster vs Reproductive Health Services) kararı olduğu ¹¹⁴, Yüksek Mahkeme'nin, gebeliklerin sonlandırılması için kamu fonlarının, çalışanlarının ve binalarının kullanımını yasaklayan ve düşük hizmeti verenlerin, en azından yirmi haftalık olduğu düşünülen bir fetusun viable

110 410 U.S. 113 (1973), 410 U.S. 113, Roe Et Al. V. Wade, District Attorney Of Dallas County Appeal From The United States District Court For The Northern District Of Texas, No. 70-18, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?cour t=US&vol=410&invol=113> , 08.08.2014.

111 410 U.S. 179 (1973), Doe et Al. V. Bolton, Attorney General Of Georgia, Et Al. Appeal From The United States District Court For The Northern District Of Georgia, No. 70-40. <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=410&invol=179> Erişim T: 08.08.2014.

112 Roe versus Wade davasında ABD Yüksek Mahkemesi, ceninin anneden ayrı yaşayabilme yeteneğine sahip olmadıkça, çocuk veya insan olarak kabul edilemeyeceği, dolayısıyla gebeliği sonlandırmaya yönelik eylemlerin, cenini öldürme değil, kadının kendi bedeni üzerindeki tasarrufu olarak ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Ceninin anneden ayrı olarak yaşayabilme yeteneğine ulaşmasıyla, gebeliğin sonlandırılmasının yasaklanabileceğini, ancak bundan önce gebeliğin sonlandırılmasının anayasal bir hak olduğu sonucuna varmıştır. KURT, s 72; ŞİRİN, Tolga, Kürtaj Hakkı ve Türkiye'nin Otoriter-Muhafazakâr Jargonu, <http://bianet.org/bianet/siyaset/138726-kurtaj-hakki-ve-turkiye-nin-otoriter-muhafazakar-jargonu>, Erişim T: 25.03.2014; SOYSAL, Zeki / ALBEK, Emre / EKE, Murat, Fetus Hakları, Adli Tıp Cilt III, Ed: SOYSAL, ÇAKALIR, İstanbul Üniversitesi, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul, s: 1999, s: 1636.

113 MASON / McCALL SMITH, s:104, 106, 107; An Overview of Abortion Laws, State Policies in Brief, Guttmacher Institute, http://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_OAL.pdf, Erişim T: 03.04.2014.

114 492 U.S. 490, Webster v. Reproductive Health Services (No. 88-605), Argued: April 26, 1989, Decided: July 3, 1989, <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/492/490>, Erişim T: 09.08.2014.

olup olmadığını belirleyen testler yapmalarını talep eden Missouri yönetmeliği lehinde karar verdiği belirtilmektedir. Webster kararı ile, Roe vs Wade davasında ortaya konan trimester çerçevesinin de biraz zayıfladığı düşünülmüştür. Bunun ötesinde karar, Yüksek Mahkeme'nin eyaletlere, bireysel olarak, kadınların gebeliği sonlandırma haklarına yönelik olarak kısıtlamalar getirme konusunda daha geniş hareket alanı tanımaya yatkın olduğu yönünde de yorumlanmıştır ¹¹⁵. Bununla beraber, Yüksek Mahkeme'nin 1992 tarihli Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs Casey ¹¹⁶ kararı da göz önünde tutulmaktadır ¹¹⁷. Casey kararı, bir kadının fetal viabilite öncesi gebeliğini sonlandırma konusunda Anayasal bir hakkı olduğu ve bir eyaletin gebeliğin sonlandırılmasını, annenin hayatı ve sağlığı için risk taşımaması koşuluyla, ancak bu süreden sonra yasaklayabileceğini teyit etmiştir ¹¹⁸.

ABD, halihazırda, diğer pek çok nedene ilaveten gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılmasına izin verilen ülkelerden olup, gebe kadının hayatını kurtarmak, fiziksel ve ruhsal sağlığını korumak amacıyla, gebelik tecavüz ve ensest sonucu oluşmuş ise, fetal anomali durumunda, ekonomik ve sosyal nedenlerle ve isteğe bağlı olarak gebelikler sonlandırılabilir. Fetal viabilite sonrasında, annenin hayatı veya sağlığının tehlikeye girdiği ayırık durumlar haricinde, her eyalet kendi düzenlemesini yapmaktadır ¹¹⁹.

Halihazırda 39 eyalette gebeliğin lisanslı bir hekim tarafından sonlandırılması gerekmekte, 20 eyalet belli bir gebelik haftasından sonra hastanede sonlandırma koşulu koymakta, 18 eyalet ikinci bir hekimin katılımını aramaktadır. 41 eyalette, belli bir haftadan sonra, genellikle fetal viabilite sonrası, kadının hayatını ve sağlığını koruma gerekliliği dışında, gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmemektedir. 19 eyaletin yasaları ileri gebelik haftalarında gerçekleştirilen kısmi doğum (partial-birth) düşüklerini

115 MASON / Mc CALL, s: 108; Abortion Policies, A Global Review, The Population Policy Data Bank, Population Division of the Department of Economics and Social Affairs of the United Nations Secretariat, <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, Erişim T:22.01.2014.

116 505 U.S. 833, Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey (Nos. 91-744, 91-902), Argued: April 22, 1992, Decided: June 29, 1992, <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/833>, Erişim T: 09.08.2014.

117 The World's Abortion Laws, <http://worldabortionlaws.com/map/>, Erişim T: 03.04.2014.

118 Abortion Policies, A Global Review, The Population Policy Data Bank, Population Division of the Department of Economics and Social Affairs of the United Nations Secretariat, <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, Erişim T:22.01.2014.

119 Abortion Policies, A Global Review, The Population Policy Data Bank, Population Division of the Department of Economics and Social Affairs of the United Nations Secretariat, <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, Erişim T:22.01.2014.

yasaklamaktadır. Kısmi Doğum Düşüklerini Önleme Kanunu (The Partial-Birth Abortion Ban Act) 2003 yılında kabul edilmiş, 2007’de Yüksek Mahkeme’nin Gonzales v. Carhart¹²⁰ kararı ile desteklenmiştir¹²¹. 17 eyalet gebelik sonlandırması öncesinde kadının danışmanlık almasını zorunlu tutmakta ve bu danışmanlıkta düşük ve meme kanseri ilişkisi, fetusun acıyı hissedebilme yeteneği ve kadının ruh sağlığı ile ilgili uzun vadeli sonuçlarından en azından birinin ele alınması gerekmektedir. 26 eyalette kadının danışmanlık aldıktan sonra müdahale için genellikle 24 saat beklemesi, ayrıca bu eyaletlerin dokuzunda kadının müdahale öncesi kliniği ayrı ayrı iki kez ziyareti gerekmektedir. 39 eyalette küçüklerin gebeliğini sonlandırabilmek için ebeveynin katılımı gerekirken, bunlardan 21’i müdahale için ebeveyninden biri ya da her ikisinin rıza vermesini ararken, 13 eyalet ebeveyninden biri ya da her ikisinin bilgilendirilmesini istemekte, 5 eyalet ise ebeveynin hem bilgilendirilmesi hem rızasını aramaktadır¹²².

C-ALMANYA

Almanya’da gebelikler uygulamada, annenin hayatını, beden ve ruh sağlığını korumak üzere, gebeliğin suç sonucu oluşması durumunda, ayrıca fetal anomali varlığında, ekonomik ve sosyal nedenlerle ve isteğe bağlı olarak sonlandırılabilir¹²³, yasal düzenlemelere bakıldığında, gebeliğin sonlandırılması kural olarak hukuka aykırı ve cezalandırılabilir kabul edilmektedir¹²⁴. Alman Ceza Kanunu § 218 uyarınca, her kim bir gebeliği sonlandırırsa üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Yumurtanın döllenmesinden rahim içine yerleşmesine kadarki sürece etki eden eylemler gebeliğin sonlandırılması olarak ele alınmamaktadır. Ağır hallerde altı aydan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir. Gebeliğin kadının rızası olmaksızın sonlandırılması

120 No. 05–380, 413 F. 3d 791; 05–1382, 435 F. 3d 1163, <http://www.law.cornell.edu/supct/html/05-380.ZS.html>, Erişim T: 09.08.2014.

121 Bans on Partial Abortion, State Policies in Brief Guttmacher Institute, http://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_BPBA.pdf, Erişim T: 03.04.2014.

122 An Overview of Abortion Laws, State Policies in Brief, Guttmacher Institute, http://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_OAL.pdf, Erişim T: 28.03.2014.

123 Abortion Policies, A Global Review, The Population Policy Data Bank, Population Division of the Department of Economics and Social Affairs of the United Nations Secretariat, <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, Erişim T:22.01.2014.

124 Schwangerschaftsabbruch nach § 218 Strafgesetzbuch, <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung.did=98262.html>, Erişim T:28.03.2014.

durumunda ya da ölüm tehlikesi ve ciddi bir sağlık sorunu ortaya çıkmışsa özellikle ağır bir halden söz edilmektedir. Ayrıca teşebbüs de cezalandırılmaktadır ¹²⁵.

Gebeliğin sonlandırılması ancak Ceza Kanunu § 218 a' da öngörülen koşulların varlığı halinde cezalandırılmamaktadır. Buna göre endikasyon aranmayan isteğe bağlı sonlandırmalarda, gebeliğini sonlandırma talebinde bulunan kadının Ceza Kanunu § 219 uyarınca, bir hekimle gebeliğin sonlandırılması öncesi sosyal rehberlik görüşmesine katılması gerekmektedir. Bu rehberlik görüşmesinin sonlandırmaya yönelik müdahaleden en az üç gün önce yapılmış olması, müdahalenin hekim tarafından hastane ortamında gerçekleştirilmiş olması ve döllemeden itibaren 12 haftadan fazla sürenin geçmemiş olması gerekmektedir ¹²⁶. Rehberlik görüşmesine katılan hekim ile gebeliği sonlandıracak müdahaleyi gerçekleştiren hekimlerin farklı olması gerekmektedir ¹²⁷. Danışmanlığın amacının doğmamış hayatı korumak olduğu, rehberden gebe kadını, doğmamış çocuğun yaşam hakkı üzerine bilgilendirmesi ve onu gebeliğin devamına ikna etmesinin beklendiği, kadını, gebeliğin devamından yana tercih kullanmak için zorlamak değil, farkındalığını arttırmak amacıyla tasarlandığı belirtilmektedir ¹²⁸.

Ayrıca Ceza Kanunu § 218 a 2. fıkra uyarınca gebe kadının beden ve ruh sağlığına yönelik ağır tehlike varlığında da gebeliğin sonlandırılmasına ceza öngörülmemiştir. Bu durum tıbbi-sosyal endikasyon olarak tanımlanmakta ve rehberlik görüşmesi zorunlu tutulmamaktadır ¹²⁹. Annenin sağlığına yönelik bir tehlike olması durumunda gebeliğin sonlandırılmasına yönelik herhangi bir süre kısıtlaması bulunmamaktadır. İnvazif cerrahi işlemlerin yanı sıra ilaçlar yoluyla da gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmektedir. Ayrıca kadının ismi saklı tutularak olgunun resmi makamlara bildirilmesi gerekmektedir ¹³⁰.

Yine § 218 a 3. fıkra uyarınca, kriminolojik endikasyon olarak da tanımlanan, gebeliğin suç sonucu oluşması durumunda da gebelik 12. haftaya kadar

125 Strafgesetzbuch, Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz, <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> Erişim T: 04.04.2014.

126 DETTMEYER, Reinhard, Schwangerschaftsabbruch, Medizin und Recht, Rectliche Sicherheit für den Arzt, 2. Baskı, Springer Medizin Verlag, Heidelberg, 2006, s: 159.

127 Schwangerschaftsabbruch nach § 218 Strafgesetzbuch, http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung_did=98262.html, Erişim T:28.03.2014.

128 Abortion Policies, A Global Review, The Population Policy Data Bank, Population Division of the Department of Economics and Social Affairs of the United Nations Secretariat, <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, Erişim T:22.01.2014.

129 DETTMEYER, s: 159, 160.

130 DETTMEYER, s: 169.

sonlandırılabilir. Gebeliğin suç sonucu oluşup oluşmadığının kararı ise hekimin takdirine bırakılmaktadır ¹³¹.

Halihazırda yürürlükte olan metinlerde, daha önce geçerli olan, fetusun özürsüzlük endikasyonu yani embriyopatik endikasyon yer almamaktadır. Bu endikasyon, § 218 a 2. fıkraya göre, gebe kadının beden ya da ruh sağlığında ciddi zarar şeklindeki tıbbi-sosyal endikasyonun kapsamına, annenin ruh sağlığı açısından tehlike oluşturacağına dayanılarak dahil edilmiştir. Embriyopatik endikasyonlar için tamamlayıcı bir düzenlemenin yapılmamış olması kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak yorumlanmaktadır, çünkü bir embriyopatik endikasyonun varlığı uygulanan prenatal tanıya bağlı olarak sıklıkla 12. gebelik haftasından sonra anlaşılabilir. Bu şekilde bir gebeliğin sonlandırılmasına doğum ağrılarına başlamasına kadar izin verilmiş olduğu görülmekte ve bu düzenlemenin geniş yorumlanmasının fetosid uygulamalarının artmasına yol açma tehlikesi taşıdığından söz edilmektedir ¹³².

Ayrıca 1995'te bazı değişikliklere uğrayan 1992 tarihli Gebelikle İlgili Uyuşmazlıklardan Kaçınma ve Üstesinden Gelme Kanunu (Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten - Schwangerschaftskonfliktgesetz) aydınlatma, korunma, aile planlaması, danışmanlık, gebelikteki uyuşmazlıklarla ilgili danışmanlık, gebeliği sonlandırma müdahalesi, gebeliğini sonlandıran kadınlara belli durumlarda yardım konularında hükümler içermektedir ¹³³.

131 DETTMAYER, s: 160.

132 DETTMAYER, s: 160.

133 Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten, Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz, <http://www.gesetze-im-internet.de/beratungsg/BJNR113980992.html>, Erişim T: 04.04.2014, Schwangerschaftskonfliktgesetz, Arbeitskreis, Lebensrecht, http://www.ak-lebensrecht.de/info/gesetz_schkg.html, Erişim T: 04.04.2014.

İKİNCİ BÖLÜM

GEBELİKLERİN SONLANDIRILMASINDAN

KAYNAKLANAN ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞU

I-GENEL OLARAK

Genel olarak tıbbi müdahalelerden kaynaklanan hukuki sorumlulukta, hukuka aykırı bir eylem sonucunda zarara neden olan ve mesleki açıdan kusurlu bulunan bir hekimin tazminatla yükümlü olması söz konusu olmaktadır¹³⁴. Bir gebeliğin sona ermesi nedeniyle, gebe kadının ve yeri geldiğinde diğer kişilerin bu eylemden zarar görmesi gündeme geldiğinde de, kusurlu şekilde gebe kadını veya hak sahibi diğer kişileri zarara uğratan hekimlerin sorumluluğuna gidilebilmektedir.

Hekimin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, haksız fiilden, sözleşmenin ihlalden, sözleşme öncesi görüşmeden ya da vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan bir hukuka aykırılığın ortaya çıkması, bu hukuka aykırılığın, hekimin kusurlu hareketinden kaynaklanması, hastada maddi ve / veya manevi bir zararın meydana gelmesi, hekimin kusurlu hareketi ile hastada ortaya çıkan zarar arasında nedensellik bağının, bir başka ifadeyle sebep-sonuç ilişkisinin bulunması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁵. Hukuki sorumluluğun bu farklı kaynakların hangisine dayandığının belirlenmesi, tazminatın dayanağı ve kapsamı ile ispat yükünün dağılımı bakımından önem taşımaktadır¹³⁶.

134 DEMİR, Mehmet, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2008, C.57, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/.../AUHF-2008-57-03-demir.pdf, s 229, Erişim T: 20.01.1014.

135 TUĞCU, Harun/ YORULMAZ, Coşkun/ KOÇ, Sermet, Hekim Sorumluluğu ve Tıbbi Malpraktis, http://www.klinikgelisim.org.tr/eskisayi/klinik_2009_22/02.pdf, Erişim T:11.11.2012; HATIRNAZ EROL, Gültezer, ‘Sağlık Çalışanlarının Hukuki Sorumluluğu ve Hukuk Yargılama Süreci Tamamlanmış Dava Örnekleri’, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, Temmuz 2012, s: 241; DEMİR, Mehmet, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s: 153; ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008 s: 274-277.

136 DEMİR, Hekimin Sözleşmeden Doğan, s: 229; ŞENOCAK, Zarife, Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s: 246.

II-GEBELİĞİN SONLANDIRILMASINDA HUKUKİ SORUMLULUĞUN KAYNAKLARI

A-GENEL OLARAK

Borç, bir kişiyi yani borçluyu, diğer bir kişiye, yani alacaklıya bir edimi yerine getirme yükümlülüğü altına sokan hukuki bağ olarak tanımlanmaktadır¹³⁷. Borç ile birlikte sorumluluk da gündeme gelmekte ve sorumluluk, borçlunun malvarlığının borcunun teminatını oluşturması ve borcunu ifa etmemesi durumunda borçlunun malvarlığına başvurularak alacağın zorla yerine getirilmesi imkanı olarak ifade edilmektedir¹³⁸. Öğretide bir diğer görüş tarafından da sorumluluk borç ilişkisinde borçlunun, alacaklıya karşı belli bir davranış biçiminde bulunma ve üstlendiği edimi yerine getirme yükümlülüğü ve borçlu, bu edimi kendi isteğiyle yerine getirmediği takdirde, hukuk düzeninin alacaklıya tanıdığı borçlunun malvarlığına el koyabilme imkanı ve borçlunun da buna katlanma zorunluluğu olarak açıklanmaktadır¹³⁹. Sorumluluğun diğer bir anlamı ise, genel davranış kurallarına veya yüklenen bir borca aykırı davranan şahsın, bu davranış nedeniyle verdiği zararı tazmin etme yükümlülüğü olarak dile getirilmektedir. Genel davranış kurallarına aykırılık halinde haksız fiil sorumluluğu, borca aykırılık halinde, borca aykırı davranıştan sorumluluk söz konusu olmakta ve borca aykırı davranıştan sorumluluk da en sık sözleşmeye aykırılık şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu anlamı ile sorumluluk, tazminat borcunun kaynağı olarak kabul edilmektedir¹⁴⁰.

Hekimin hukuki sorumluluğu da genel olarak sözleşmesel sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk olarak ele alınmakta, sözleşmesel sorumlulukta hasta ile hekim arasında önceden sarih ya da zımni olarak kurulmuş bir sözleşmenin varlığı aranmaktayken, önceden kurulmuş bir sözleşme bulunmadığı takdirde, sorumluluğun kaynağını haksız fiil teşkil etmektedir¹⁴¹. Şenocak da, hukuk sistemimizde hasta ile hekim arasındaki hukuki

137 Bkz. OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, 11.Bas ı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s: 3.

138 Bkz. OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 16.

139 AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, 22. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s: 14.

140 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I , s: 17; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s:270.

141 YILMAZ, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ekim, 2010, s :14, 15; DEMİR, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan, s: 153.

sorumluluk açısından özel bir normun olmadığından ve duruma göre sözleşme veya haksız fiil hükümlerine tabi olduğundan söz etmektedir ¹⁴².

Hekimin mesleki faaliyetlerini serbest olarak icra etmesi durumunda, hasta ile arasında bir tedavi sözleşmesinin varlığında, hukuki sorumluluk sözleşme hükümlerine dayandırılmakta, hekim meslek kurallarına uygun şekilde hastayı tedavi etme yükümlülüğü altına girmekte, ancak tıbbi müdahaleler sonucu genellikle hastanın yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü gibi mutlak hak niteliği taşıyan ve herkese karşı ileri sürülebilen kişilik değerleri ihlal edildiğinden, hekimin sözleşmeye aykırılık oluşturan davranışları, aynı zamanda herkese karşı ileri sürülebilen bu temel koruma normlarına karşı da aykırılık taşımakta ve hasta, tazminat talebini haksız fiil hükümlerine de dayandırabilmektedir. Ayrıca tedavinin bir özel hastanede gerçekleştirilmesi ve hekimle hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulmamış olduğu, hastanın tedavi edimini de içerecek şekilde yalnızca özel hastane işleticisi ile bir sözleşme ilişkisi içinde olması halinde de hasta, hekime karşı haksız fiil hükümlerine dayanarak dava açabilmektedir. Bu durumda özel hastanenin yardımcı kişisi durumunda olan hekimin kusurlu müdahalesinden dolayı, hekimin de haksız fiilden dolayı hastaya karşı müteselsil sorumlulukları söz konusu olmaktadır ¹⁴³. Ayrıca zarar verenin kusurunun olmadığı ve taraflar arasında sözleşmenin olmadığı bazı durumlarda da kanun tazmin yükümlülüğü getirmektedir ¹⁴⁴. Buna göre, sağlık kuruluşları ve hekimlerin, Türk Borçlar Kanunu m.66 ve m.116 uyarınca kusursuz sorumlulukları da söz konusu olabilmektedir ¹⁴⁵.

Gökcan tarafından, gebelik bir hekim tarafından tıbbi müdahale niteliğinde sonlandırıldığında, gebe kadın ile hekim ve sağlık kuruluşu arasında, haksız fiil, sözleşme ve vekaletsiz iş görme şeklinde üç türlü hukuk ilişkisinin ortaya çıkabileceği, bunlardan en sık olarak sözleşme ilişkisinin görüldüğü ifade edilmektedir ¹⁴⁶. Hekimle hasta arasındaki

142 Bkz ŞENOCAK, s: 242.

143 ŞENOCAK, s: 242, 243; ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, 2007, s: 56; SAVAŞ, Halide, ‘ Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi’ , İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 81, Sayı:3, Yıl:2007, s :1003. ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s:271, 272, 273.

144 ÖZPINAR, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulama, s: 56.

145 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s : 427, OĞUZMAN / ÖZ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, 10.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013,s: 6, 138.

146 GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s :308.

hukuki ilişkinin kaynağını sıklıkla sözleşmesel borç ilişkisinin oluşturduğu öğretide diğer yazarlar tarafından da dile getirilmektedir ¹⁴⁷.

6098 sayılı TBK 60. maddesinde sorumluluk nedenlerinin yarışması ile ilgili düzenlemeye yer verilmiş olup, buna göre birden fazla sorumluluk nedeninin bir olayda birleşmesi durumunda, zarar görenin ayrıca bir talebi yoksa hakim, zarar görenin yararına olan nedene göre karar verilebilmektedir. Böylece hakim tıbbi müdahale nedeniyle açılmış bir tazminat davasında örneğin vekalet sözleşmesi veya haksız fiil hükümlerinden birine göre karar verebilecektir. Hakimin yükümlülüğünün zarar görene en iyi giderimi sağlama noktasında olduğu belirtilmektedir ¹⁴⁸. *Oğuzman* ve *Öz*, genel olarak öğretide hangi tür sorumluluğa üstünlük öncelik tanınacağı konusunda tartışmalar olmakla beraber, şartları gerçekleşen iki sorumluluğun yarışacağı ve mağdurun dilediği esasa dayanabileceği görüşünün ağırlıklı olarak kabul edildiğini belirtmektedirler ¹⁴⁹. *Ayan*, hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin mevcut olması durumunda hekimin sorumluluğunun kural olarak sözleşme temeline dayandığını, yani hekimin sözleşmenin ihlali nedeniyle sorumlu tutulduğunu, ancak tıbbi müdahaleler, hastanın beden ve ruh bütünlüğüne yönelik olduklarından, hekimlik sözleşmesinin ihlalinin aynı zamanda genel davranış yükümlülüğüne aykırılık, yani bir haksız fiil oluşturduğunu, dolayısıyla hekimin sözleşmesel sorumluluğu ile sözleşme dışı sorumluluğunun yarıştığını ifade etmektedir ¹⁵⁰. *Şenocak*, hekimin hastanın sağlığının kötüleşmesine yol açan ya da sağlığını kazanmasına engel olan davranışlarının, arada bir sözleşmenin varlığı halinde oluşturacağı sözleşmeye aykırılık yanında aynı zamanda hukuka aykırı bir davranış da teşkil edeceğini, çünkü bu bağlamda hem sözleşmeye aykırılık hem haksız fiil hükümlerinin hastanın yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğüne ilişkin değerleri korumaya yönelik olduğunu dile getirmektedir ¹⁵¹.

Sözleşme öncesi görüşmelerden kaynaklanan sorumluluğun çalışma konumuz bağlamında ortaya çıkması olası gözükmemektedir. Böyle bir sorumluluk gebeliğinin sonlanmış değil, ancak sonlandırılmamış olduğu durumlarda söz konusu olabilecektir.

147 DEMİR, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan, s: 153; ŞENOCAK, s: 242; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s:272; İPEKYÜZ, s: 15.

148 GÖKCAN, s: 994.

149 Bkz OĞUZMAN/ ÖZ, Cilt I, s: 446.

150 AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, No:102, Ankara, 1991, s: 45.

151 ŞENOCAK, s: 243.

B – SÖZLEŞME

1- Hekimlik Sözleşmesi

TBK. 1. maddesine göre sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulmakta ve bu irade açıklaması açık veya örtülü olabilmektedir. Buna göre sözleşme, karşılıklı, birbirine uygun irade beyanları ile kurulan bir hukuki işlem olarak tanımlanmaktadır¹⁵².

Hekim tarafından yapılan müdahalelerde, hekim ile hasta arasında kural olarak bir sözleşme ilişkisinin varlığı ve bu sözleşmenin hekimin hukuki sorumluluğunun kaynaklarından birini teşkil ettiği kabul edilmektedir¹⁵³. *Özdemir*, öğretide sözleşmenin hekimle hasta arasında olması halinde tedavi sözleşmesi veya hekimlik sözleşmesi olarak adlandırıldığından, serbest çalışan bir hekim ile hastası veya yasal temsilcisi arasında kurulan ve hekime tıp biliminin öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak ve uygun tedaviyi seçip uygulamak yükümü getiren bir ilişki olarak tanımlandığından söz etmektedir¹⁵⁴. Yine diğer yazarlarca da, hekimlik sözleşmesinin öğretide tanımlanmamış olmakla birlikte hekimi, hastanın sağlığına kavuşması amacıyla tıbbi müdahalede bulunmak, hastayı da bunun karşılığında ücret ödeme yükümlülüğü altına sokan bir ilişki olduğu belirtilmektedir¹⁵⁵. *Demir*, hekimlik sözleşmesini, taraflardan birinin serbest çalışan hekim ve asli edim yükümünün de hastanın bizzat ya da yakınının/ temsilcisinin ödeyeceği bir bedel karşılığında, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerini yerine getirmek olduğu bir sözleşme olarak tanımlamaktadır¹⁵⁶.

1.1-Hukuki Niteliği

Bir görüşe göre, hekimlik sözleşmesi, kanunda düzenlenmemiş (atipik) sözleşmelerden olup¹⁵⁷, bu nedenle tanımı, hukuki niteliği ve sonuçları konusunda tam bir

152 NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 12.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2012, s: 22; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 42; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s: 21.

153 AYAN, s: 44; YILMAZ, s: 19; DEMİR, s: 237; İPEKYÜZ, s: 2; SAVAŞ, Özel Hastaneler ve Doktorlar, s: 1003, ŞENOCAK, s: 242; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s:278.

154 Bkz. ÖZDEMİR, Hayrünnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s: 51.

155 İPEKYÜZ, s: 16, ŞENOCAK, s: 242.

156 DEMİR, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan, s: 154.

157 Kanunda düzenlenmemiş sözleşmelere isimli sözleşmeler adı da verilmekte, yapılan sözleşme kanunun düzenlediği sözleşmelerin unsurlarını taşııyorsa, kendine özgü- sui generis sözleşmeden söz edilmektedir.Bkz. OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 47, 48.

açıklık bulunmamakta, ancak serbest çalışan hekim ile hasta ya da yasal temsilcisi arasında kurularak, hekimi tıbbi teşhis ve tedavi, buna karşılık hastayı da bir bedel ödeme yükümlülüğü altına sokmaktadır. Herhangi bir şekil şartına bağlı bulunmamakta ve hekim ile hasta ya da yasal temsilcisi, tıbbi müdahale konusunda karşılıklı iradelerini açıkladıkları takdirde sözleşmesel borç ilişkisinin kurulduğu kabul edilmektedir ¹⁵⁸. Bununla beraber, hekimlik sözleşmesinin, iş görme sözleşmelerinden istisna (eser), hizmet (iş) veya vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu, ya da kendine özgü bir sözleşme olduğu konusunda farklı görüşlerin varlığından da söz edilmektedir ¹⁵⁹. Bir görüşe göre, hekim hastaya tedavi sonucunda mutlak bir iyileşmeyi taahhüt etmediğinden eser sözleşmesi niteliği taşımadığı, yine hekim tanı ve tedaviye yönelik olarak kimseden emir ve talimat almaksızın tıp biliminin esasları doğrultusunda serbestçe hareket ettiğinden, hizmet sözleşmesi olarak da ele alınamayacağı, böylece, hekimlik sözleşmesinin, avukatlık sözleşmesine benzer şekilde, hukuki olarak vekalet sözleşmesi niteliği taşımakta olduğu, ancak hukuki işlemlerin yapılmasına yönelik değil, maddi fiillere ilişkin bir vekalet şeklinde gerçekleştiği ifade edilmektedir ¹⁶⁰.

Bununla beraber öğretilerde plastik cerrahların yaptıkları estetik ameliyatlara, diş hekimlerinin diş dolgusu ya da protez yapımını üstlenmesi eser sözleşmesinin kapsamında ele alınmaktadır. Eğer hekim ortaya çıkacak sonuç ve görünüm hakkında belli bir güvence vermişse, taraflar arasındaki sözleşme eser sözleşmesi sayılmaktadır. Eser sözleşmesinde, nesnel bakımdan belirlenebilir bir sonucun elde edilmesi amacı güdülmektedir. Bir başka deyişle, eser sözleşmesinin konusunun, belirli ya da belirsiz bir süre için bir iş gücünün işverenin emrine tahsis edilmesi ya da iş sahibi lehine bir işin görülmesi değil, bir eserin ortaya çıkarılmasıdır ¹⁶¹. Ayrıca, vekalet sözleşmesinde ücret zorunlu bir unsur değilken, eser sözleşmesinde ana unsur olarak ele alınmaktadır ¹⁶². Eser sözleşmesinde genel anlamda, yüklenicinin, iş sahibinin ödemeyi yüklediği bir ücret karşılığında bir eser meydana getirmeyi üstlendiği belirtilmektedir ¹⁶³. Eser sözleşmesi, TBK'nın 470. ve

158 Bkz . DEMİR, s : 236, 237; ÖZDEMİR, Özel Hukukta, s: 51, 56.

159 Bkz . AYAN, s: 44, 45; ÇELİK, Ahmet Çelik, Hekimlerin ve Hastanelerin Sorumluluğu, www.tazminathukuku.com, Erişim T: 28.10.2012; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 280; DEMİR, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan, s: 154.

160 Bkzç DEMİR, s: 226.

161 Bkz. İPEKYÜZ, s: 59.

162 KICALIOĞLU, s: 178; İPEKYÜZ, s: 61.

163 AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s: 305.

izleyen maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Yargıtay'ın da tıbbi müdahalelerde, eser sözleşmesi yönünde verilmiş kararları mevcuttur ¹⁶⁴.

Yaygın olarak kabul edilen görüşe göre hasta ile hekim arasındaki sözleşmesel ilişki bir vekalet ilişkisi olarak ele alınmaktadır ¹⁶⁵. Yargıtay'ın görüşünün de bu yönde olduğu, kararlarında vekalet sözleşmesine dayanıldığını açıkça vurguladığı ve karar metinlerinde bu konuda açıklamaların da yapıldığı görülmektedir ¹⁶⁶.

164 Yargıtay 13 HD, E: 1993/131, K: 1993/ 2741, T: 05.04.1993; 15.HD, E: 1999/3868, K: 1999/ 4007, T: 03.11.1999, KICALIOĞLU, s: 178, 181.

165 Bkz İPEKYÜZ, s: 68, dn 272.ÖZSUNAY, Ergun / ELVER, Nazan, ' Hekimin ve Hastanenin Hukuksal Sorumluluğu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları', İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s 89; YILMAZ; s: 20, İPEKYÜZ, s 71; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 495, SAVAŞ, Özel Hastaneler ve Doktorlar, s: 1005.

166 Yargıtay 13.HD, E:2006/ 1057, K: 2006/13842, T: 19.10.2006: Vekil konumunda olan doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif dahi olsa sorumluluğunun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastasının durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemlerini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastanın ve hastalığının özelliklerini göz önünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı, en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de hasta, tedavisini üstlenen meslek mensubu doktorundan tedavisinin bütün aşamalarında mesleğin gerektirdiği titiz bir ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini güven içinde beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK 394/1 maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte, sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır. DOĞAN, Murat, ' Hekimin Hukuki Sorumluluğu', Mersin Barosu Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Ankara, 2009, s: 40, 50 dn 5.

Yargıtay 13.HD, E: 2005/3645, K: 2005/11796, T: 08.07.2005: Vekil, vekalet görevine konu işi görürken, yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçini sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. Bu nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özelliklerini göz önünde tutmak ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yolu seçmek gereklidir. Gerçekten de müvekkil(hasta), mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK'nın 349/1 maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır. Yargıtay 13.HD, E: 2005/3645, K: 2005/11796, T: 08.07.2005, YILMAZ, s 55. Ayrıca Yargıtay'ın vekalet sözleşmesine dayandığı karar örnekleri için bkz: 13 HD, E: 2012/13928, K:2012/17203, T: 3.7.2012; 13 HD, E:2011/9457, K:2012/8303, T:27.03.2012; 13 HD, E:2012/4498, K:2012/9103, T:4.4.2012.; 13 HD, E:2011/9575, K: 2012/320, T:17.01.2012; 13 HD, E:2010/7997, K: 2011/5581, T: 11.4.2011 ;13 HD, E: 2010/ 9415, K: 2010/ 18038, T:24.12.2010; 13.HD, E: 2010/3254,K: 2010/10318, T:7.7.2010; 13 HD, E:2009/13214, K:2010/3694, T: 23.03.2010; 13.HD, E:2009/6365, K:2010/59, T: 18.01.2010; 13 HD, E:2009/4276, K: 2009/8077, T: 10.06.2009; YYHGK, E:13-2010/717, K:2011/ 129, T:13.04.2011, 13 HD, E:2009/1762, K:2009/ 7370, T: 28.05.2009; 13.HD, E: 2008/9942, K: 2009/2262, T: 24.02.2009; 13.HD, E:2008/4234, K: 2008/10661, T:16.09.2008; 13.HD, E:2008/5238, K:

Vekalet sözleşmesi TBK'nun m. 502 ve ilerleyen maddelerinde düzenlenmiş olup, buna göre vekalet sözleşmesinde vekil, vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlenmektedir. Vekalet sözleşmesi herhangi bir şekle tabi olmayıp yapılan öneri yani icabın karşı tarafça kabul edilmesiyle kurulmuş olmaktadır. Ancak TBK. m.503'e göre, kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi bu işi görme konusunda resmi bir sığata sahip veya işin yapılması mesleğinin gereğı ise, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe vekalet sözleşmesi kurulmuş sayılmaktadır ki, bu durumda hekimler de öneriyi derhal reddetmediklerinde hasta ile aralarında sözleşme kurulmuş olmaktadır. Vekaletin kapsamı yapılan sözleşmeden ve vekalet verenin talimatından anlaşılırsa da, sözleşmenin konusu olan işin mahiyetine göre de belirlenmektedir. Vekil, üstlendiğı işi, gereken dikkat ve özeni sarf ederek vekalet verenin kendisine gösterdiği güvene layık olacak biçimde yapmakla yükümlü olup, ihmalkar ve dikkatsiz davrandığı takdirde vereceğı zararlardan sorumlu olmaktadır. Vekil üstlendiğı iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerine uygun şekilde, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü olup göstereceğı özen borcunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışta bulunması gerekmektedir¹⁶⁷.

Yavuz da, vekalet sözleşmesini, vekilin sözleşme ile belirlenen işi yapmayı borçlandığı ve vekilin yerine getireceğı edimin kanun hükümleriyle düzenlenen akitlerden herhangi birinin konusuna girmediğı, buna karşılık ancak sözleşme ve teamül olan durumlarda vekilin ücrete hak kazandığı bir sözleşme olarak tanımlamakta, ve vekilin iş görmesinin vekalet verenin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelik olması, sonucun elde edilememesi rizikosunun vekalet verene ait olması, vekilin iş görme borcu bakımından bir zaman kaydına tabi olmaması ve nisbeten bağımsız olması özelliklerini taşıdığından söz etmektedir¹⁶⁸.

Yargıtay'ın 'Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır' yaklaşımına da uygun şekilde, vekalet sözleşmesi çerçevesinde hekim, tıbbi tedaviyi mesleki standartlara uygun olarak yapmakla

2008/10666, T:16.09.2008; 13 HD, E:2006//5554, K:2006/11186, T:6.7.2006; 13 HD, E:2006/13122, K: 2006/16638, T:21.12.2006, GÖKCAN, s: 1162-1192.

167 AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s: 313, 314, 315, 316.

168 YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s: 522.

yükümlü olmakta ¹⁶⁹, vekalet sözleşmesinin niteliği gereği hekim hastaya tedavi sonucunu garanti etmemekte, yapılan müdahale hekimin kusuru olmaksızın başarısızlığa uğradığında hekim sorumlu tutulmamaktadır ¹⁷⁰.

Hekimin, başta hastasının teşhis ve tedavisi olmak üzere bir iş görme edimini yüklenmiş olması, bu işin zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilmemesi riskini taşımaksızın belli bir yönde yapılması, yani hekimin mesleki bilgi ve becerisini kullanarak herhangi bir zamana bağlı kalmaksızın ve iyileşme garantisi vermeden hastanın teşhis ve tedavisinin gereğini yapması ve tarafların, yani hekim ve hastanın, tıbbi gerekler konusunda sarih veya zımni olarak anlaşmış olmaları halinde, bu unsurların vekalet sözleşmesinin kurulması için yeterli olduğu kabul edilmektedir ¹⁷¹.

Gebelik sonlandırma işleminin de, diğer tıbbi yardım ve müdahaleyi gerektiren durumlardan özü itibarıyla farklı olmadığı kanaatinde olan *Gökcan*, tıbbi nedene dayalı olmayan isteğe bağlı sonlandırmalarda, bu işlemin tedavi amaçlı olmadığı ileri sürülebilecek olsa da, maddi yönüne bakıldığında, tıbbi müdahale niteliğinde olduğunu ve bu bakımdan gebe kadın ile hekim ve/veya özel hastane arasında yapılan sözleşmenin hukuki niteliğinin de vekalet sözleşmesi olduğunu düşünmektedir. Yazara göre gebeliğin sonlandırılması nedeniyle, kadının uğrayacağı zararlar konusunda, sözleşmeye aykırılık hükümlerinin yanı sıra, şartları varsa haksız fiil hükümleri de uygulanabilecektir ¹⁷².

Yargıtay da, kürtaj nedeniyle hastanın ölümüyle sonuçlanan bir olaya ilişkin olarak hasta ile doktor arasındaki ilişkinin sözleşme ilişkisi olduğunu vurgulamış ¹⁷³, yine bir başka kararda da, hastada myom bulunduğu gerekçesiyle gebeliğin sonlandırılması için

169 ÖZSUNAY, s: 89.

170 İPEKYÜZ, s: 69.

171 YILMAZ, s : 20,21; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 496.

172 GÖKCAN, s: 308.

173 Otopsi raporunda, rahim mukozası ve rahim adalesinin ileri derecede parçalandığı ve parçalarının yer yer koptuğu ve bir elin parmakları şeklinde saçaklı bir vaziyette harabiyete uğradığı, ölümün gerçek nedeni rahim mukozası ve rahim adalesinin ileri derecede parçalanarak harabiyete uğraması olduğu belirtilmiştir. Yüksek Sağlık Şurası Raporunda da otopsideki tespite göre yapılan müdahalenin dikkatsizce ve acemice yapılmış bir müdahale olduğu açıklanmıştır. Kaldı ki, davalı doktorla ölen arasında kürtaj yapılması konusunda akdi bir bağ doğduğuna göre BK 96.maddesi hükmü karşısında davalı doktor kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini kanıtlamadıkça yaptığı işten doğan zararı tazmine mecburdur. Yargıtay HGK, 28.06.1978, E:1978/ 4-3596, K:1978/ 696, SAVAŞ, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s: 100, GÖKCAN, s: 308.

yapılan kürtaj sonunda rahimde parça bırakıldığı ve aslında myom teşhisinin de doğru olmadığı iddiasıyla açılan davada uyuşmazlığı vekalet sözleşmesine dayandırmıştır¹⁷⁴.

1.2- Hekimin Yükümlülükleri

Hekimin sözleşmesel yükümlülüklerinin başında, hastalığın tanısını koyma ve bu tanıya göre en uygun müdahale ya da tedavi yöntemini seçip uygulamak gelmekte, ve bu asli edim yükümü, ilişkinin kurulmasının da temel amacı olarak görülmektedir. Bununla birlikte hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, sır saklama, tıbbi kayıtları tutma ve saklama, hastayı bilgilendirme gibi yan edim yükümlülükleri de bulunmaktadır¹⁷⁵.

Gebe bir kadın ile hekim arasında kurulmuş olan sözleşmenin farklı görünüşleri olabilmektedir. Gebe olduğunu bilen ya da bundan şüphelenen bir kadın, kadın hastalıkları ve doğum uzmanına gebeliğinin tanısına yönelik muayene olmak üzere, gebeliğinin takip edilmesi için ya da gebeliğinin sonlandırılması talebiyle başvurabileceği gibi, gebe olduğu yönünde herhangi bir şüphe duymadan başka bir yakınmayla da gelebilmektedir. Hekimin sözleşmeden doğan asli edim borcu hastalığın tanısı ve tedavisi olduğuna göre¹⁷⁶, hekimin

174 Davacı, hamile olduğu şüphesiyle, 29.06.2006 tarihinde, davalı şirkete ait hastaneden muayene olduğunu, diğer davalı Dr.Şule tarafından muayene edilerek ultrason sonucu hamile olduğunun, ancak myom uteri bulunması nedeniyle bebeğin alınması gerektiğini ve fetusun transvaginal usg ile değerlendirilmesi önerilmesine karşın, bu tetkik yapılmadan hastaneye yatırılarak kürtaj yapıldığını, kürtajdan sonra myom uterusunun alınması için ilerleyen günlerde tekrar başvurması için tavsiyelerde bulunulduğunu, çeşitli sağlık kuruluşlarına kendisinin başvurarak yapılan kontrol neticesinde myom uterusunun olmadığı gibi kürtaj esnasında rahminde parçalar bırakıldığını, yanlış tanı ve tedavi nedeniyle zarara uğradığını ileri sürerek Mahkemece adli tıp raporuna dayanılarak davanın reddine karar verilmiş, hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Mahkemece yapılan araştırma ve inceleme hüküm kurmaya elverişli değildir. Şöyle ki: Davanın temeli, vekalet sözleşmesine dayanmaktadır. Vekil iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur.Vekilin sorumluluğu , genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır (BK. 390/11). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur.(BK. 321/1) O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastanın zarar görmemesi için, yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek, tıbbi çalışmalarda bulunurken,bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir. Müvekkil durumundaki hasta, doktor olan vekilden titiz, dikkatli ve özenli davranılmasını beklemekte haklıdır. Özen göstermeyen bir vekil BK. 394/1 uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Yargıtay 13 HD, E: 2010/ 9415, K: 2010/18038, T: 24.12.2010, GÖKCAN, s: 1174-1175.

175 DEMİR, s: 239; YILMAZ, s: 51, 53, 58; İPEKYÜZ, s: 74; SAVAŞ, Özel Hastanelerin ve Doktorların, s: 1010.

176 DOĞAN, Murat, 'Hekimin Hukuki Sorumluluğu', Mersin Barosu Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Ankara, 2009, s: 43, 44.

öncelikle doğru tanı koyarak gebeliğin varlığını, süresini ve embriyo ya da fetusun canlılık ve iyilik halini tespit etmesi gerekmektedir¹⁷⁷. Hekim, tıbbın ulaştığı seviye ve elinde bulunan imkanlara göre mümkün olan en doğru tanıyı koymak için özen gösterme durumundadır. Başvuran kadının gebe olduğu yönünde bir şüphesi bulunmasa dahi, hekimin böyle bir durumun mevcudiyetini araştırma yükümü bulunmaktadır. Üreme çağındaki her kadının gebe olma olasılığı göz önünde tutularak, anamnez, fizik muayene, görüntüleme ve laboratuvar yöntemleriyle durumun varlığı ya da yokluğunun ve varsa süresinin doğru şekilde ortaya konması gerekmektedir. Kadınlar gebeliğin süresi konusunda yanılabilen ve kullandıkları hesaplama yöntemleri hekimlerinkinden farklı olabilmektedir. Kadının durumunun ayrıca, gebeliğin gidişini kötü etkileyecek ya da gebelikle birlikte seyri kötüleşebilecek fiziksel ve ruhsal bir hastalık açısından da dikkatle değerlendirilmesi, gebeliğin ilerlemesiyle, sonlandırmaların taşıyacağı riskler de göz önünde tutularak, tanının koşullar elverdiğince erkenden konması, ayrıca düşüğe yol açacak veya sonradan gebeliğin sonlandırılmasını gerektirecek zararlı tanı ve tedavi yöntemlerinin uygulanmasından kaçınılması ve gebeye de dikkat etmesi gereken hususlar ve alınacak önlemler konusunda doğru önerilerde bulunulması gerekmektedir.

Gebeliğini sonlandırma talebiyle başvuran bir hastada, hekimin, gebeliğin haftasını belirledikten sonra, şayet NPHK hükümlerine göre isteğe bağlı sonlandırmalara izin verilen on haftalık süre aşılmamışsa ve yapılacak müdahale kadının sağlığı açısından risk taşııyorsa¹⁷⁸, müdahale öncesi kadının ve gerektiğinde ilgili kişilerin, ki bu konu çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde irdelenecektir, rızalarının da bulunması koşuluyla, müdahalesini, en elverişli yöntemi seçerek, tıbbın kurallarına uygun, özenli ve dikkatli bir şekilde gerçekleştirmesi, müdahale sonrası gereken gözlem ve kontrolleri yapması, uygun tedaviyi düzenlemesi gerekmektedir.

İlerleyen haftalarda, gebeliğin devamının anne sağlığı açısından tehlike oluşturacağı durumlar ve fetal anomali nedeniyle gebeliğin sonlanmasını gerektirecek bir durumdan şüphe edildiğinde¹⁷⁹, gerekli konsültasyonlar yapıp, ilgili branştan uzmanlarla birlikte

177 KOCHENOUR, Neil, Normal Gebelik ve Pränatal Bakım, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, Ed.: SCOTT, James R / DiSAIA Philip J / HAMMOND, Charles B / SPELLACY, William N., Çeviri Ed.: EREZ, Selçuk, 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, s: 149,150.

178 NPHK m.5, 1.fıkra: Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.

179 NPHK m.5, 2.fıkra: Gebelik süresi on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı

gerekçeli raporlar düzenlenerek, yine kadının durum hakkında detaylı şekilde aydınlatılmasını takiben alınacak rızasından sonra, müdahalenin, gebelik haftasına, sonlandırma endikasyonuna ve kadının sağlık durumuna göre en uygun yöntem seçilerek, tıbbın kurallarına uygun, özenli ve dikkatli bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bunlar hekimin sözleşmeden kaynaklanan en önemli borçlarını oluşturmaktadır.

Hekimlik sözleşmesinde, hekimin asli edim borcu, hastanın tanısı ve tedavisi olmakla beraber, hastanın aydınlatılmış onamını alma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Aydınlatma borcunun konusu, öncelikli olarak uygulanması düşünülen tedavinin şekli, müdahalenin tarzı ve kapsamıdır¹⁸⁰. Aydınlatma ile hastanın, uygulanması düşünülen tıbbi müdahale ile ilgili detaylı bilgiler, özellikle olası risk ve komplikasyonlar açıklanarak, serbestçe karar verecek duruma getirilmesi amaçlanmaktadır¹⁸¹. Hasta ancak neye muvafakat ettiğini bilirse geçerli bir rıza beyanında bulunacak ve müdahale hukuka uygun sayılacaktır¹⁸². Bir başka ifadeyle, rızanın geçerli olabilmesi için tıbbi müdahaleye rıza gösteren hastanın hekim tarafından aydınlatılması ve müdahalenin tehlikeleri ve sonuçları hakkında kapsamlı bilgi sahibi olması gerekmektedir¹⁸³. Her müdahalenin kendine özgü koşulları nedeniyle, aydınlatmada açıklanacak olguların da kapsamı değişmekte, genişleyip daralabilmektedir¹⁸⁴. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 14. maddesi, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesi de aydınlatma ile ilgili hükümler içermektedir. Yargıtay da hastanın aydınlatılmış olmasına önem vermektedir¹⁸⁵.

hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ile ilgili daldan bir uzamanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.

180 AYAN, s. 74.

181 ÇAKMUT, Özlem, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Mersin Barosu Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Ankara, 2009, s 24.

182 AYAN, s:74; DOĞAN, s: 45.

183 YILMAZ, s: 35.

184 AYAN, s: 75 ; ERMAN, Barış, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2003, s: 110.

185 Yargıtay 13 HD, E: 2000/8582, K: 2000/10298, T: 14.02.2000: Bu durumda davalı doktorun anılan yükümlülüğünü yerine getirdiğinin kabulü için aşı yapılmasını değil, yapılmamasının sonuçlarını hastaya , varsa yakınlarına anlatması, bütün çabalarına rağmen aşı yapılmasına karşı konulması halinde de hastanın açıklayıcı yazılı beyan ve imzasının alınmış olmasını gerektirir. Davada, davacıdan tetanos aşısının yapılmasına karşı koyduğuna ilişkin davacıyı bağlayacağı imzalı bir belge ibraz edilmemiştir. Davada dayanılan protokol defteri davacı dışında davalı hastane yetkilileri tarafından düzenlenmiştir. Oradaki bilgilerin davacıyı bağlayacağından söz edilemez. Kaldı ki, ufak bir parmak kesiği ile köyünden kalkıp şehir merkezine kadar gelerek hastaneye tedavi için müracaat eden, bu denli sağlığına özen gösteren bir hastanın, tehlikeli ve ağır sonuçlarının kendisine anlatılmasına, ısrar edilmesine rağmen tetanoz aşısının yapılmasına karşı koyması, hayatın doğal akışına da uygun düşmemektedir. Yargıtay 13 HD, E: 2000/8582, K: 2000/10298, T: 14.02.2000, YILMAZ, s: 37, 38.

Gebe kadının, hem genel anlamda başvurulacak tanı ve tedavilerin nedenleri, gerekliliği, olası etki ve riskleri, gebeliği üzerinde oluşturacağı gebeliğin kaybına dahi varabilecek olumsuz etkileri hakkında aydınlatılıp rızası alınmadan bu işlemlere tabi tutulması, hem de gebelik sonlandırılacaksa, işlemin olası riskleri, sonuçları konusunda bilgilendirilmesi gerekmektedir. Gebe kadın aydınlatılmadan müdahalede bulunulması, hekimlik sözleşmesi kapsamındaki aydınlatma ediminin yerine getirilmemesi nedeniyle sözleşmeye aykırılığın yanı sıra, aydınlatılmadan alınan rızanın geçersizliği nedeniyle haksız fiil de oluşturabilecektir. Bunun yanı sıra, diğer tıbbi müdahalelerde olduğu gibi, sadakat ve özen, kayda geçirme, sır saklama gibi sözleşmeden kaynaklanan diğer yükümlülüklerin de yerine getirilmesi gerekmektedir.

2-Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Çalışma konumuzun idari sorumluluğu kapsamaması nedeniyle kamu hastanelerinin hizmet kusuru şeklinde ortaya çıkan sorumluluklarına değinilmemiştir. Bu nedenle hasta ile özel hastane ya da diğer özel kuruluşu arasındaki ilişki göz önünde tutulmuştur.

Hastanın özel bir sağlık kuruluşunda takip ve tedavi edilmesi halinde, hasta ile sağlık kuruluşu arasında kurulmakta olan tıbbi tedavi sözleşmesine hastaneye kabul sözleşmesi adı verilmekte olup¹⁸⁶, bu sözleşme hukuki yapı bakımından, vekaletin yanı sıra kira, satış gibi başka sözleşmelere ait unsurları da içeren karma bir sözleşme olarak ele alınmaktadır¹⁸⁷. Kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği tarzda bir araya gelmesi ile oluşan sözleşmelere karma sözleşmeler denmektedir¹⁸⁸.

Özdemir, öğretide tedavi hizmeti sunan özel sağlık kuruluşuyla hasta veya yasal temsilcisi arasındaki sözleşmenin hastaneye kabul sözleşmesi olarak adlandırıldığından, özel hastane işleticisinin, hekimlerin gerçekleştirdikleri teşhis ve tedavi edimlerini de içine alacak şekilde tıbbi ve diğer olağan edimleri yerine getirmeyi, hasta veya yasal temsilcisinin ise bu edimler karşılığı belli bir ücret ödemeyi üstlendiği, tam iki tarafa borç yükleyen, rızai bir sözleşme olduğundan söz etmektedir¹⁸⁹.

186 SAVAŞ, *Özel Hastanelerin ve Doktorların*, s: 1013; HATIRNAZ EROL, s: 242.

187 ÖZSUNAY, s: 93.

188 YAVUZ, *Cevdet*, s: 11.

189 Bkz. ÖZDEMİR, *Özel Hukukta*, s: 51.

Hastaneye kabul sözleşmesinin daha sık karşılaşılan görünümünde, sözleşme kural olarak hasta ile özel hastane arasında yapılıp¹⁹⁰, bu sözleşme uyarınca hastanın tıbbi takip ve tedavisi, hastanenin çalıştırdığı hekimler ve diğer sağlık çalışanları tarafından gerçekleştirilmekte, hasta da aldığı sağlık hizmetinin karşılığı olan bedeli hastaneye ödemektedir. Tıbbi tedaviyi gerçekleştirmek üzere hastane tarafından çalıştırılan hekim, tıbbi tedavi sözleşmesinin tarafı olmayıp, taraf olan hastanenin ifa yardımcısı konumunda olduğundan¹⁹¹, sözleşmeye aykırılık halinde hukuki sorumluluk özel hastaneye ait olmakta, kural olarak hasta, sözleşmeye aykırılıktan doğan istemini hastaneye karşı ileri sürebilmektedir¹⁹².

Hastaneye kabul sözleşmesinin ikinci görünümünde ise tıbbi tedavi sözleşmesi hekim ile hasta arasında yapılmaktadır. Hekim, hastane tarafından çalıştırılan bir görevli olmayıp, sadece hastane yani sağlık kuruluşunun mekanında, tıbbi araç ve gereçlerinden yararlanmaktadır. Tıbbi tedavi sözleşmesi hasta ile hekim arasında yapıldığı ve tıbbi müdahale, hastanenin istihdam etmediği bir hekim tarafından gerçekleştirildiği için hastaya karşı tıbbi tedaviden doğan hukuki sorumluluk kural olarak hekime ait olmaktadır. Bununla beraber, hekimin tıbbi müdahale veya tedaviyi gerçekleştirdiği hastane ya da sağlık kuruluşunun, gerekli tıbbi imkanları sağlamamış olduğu durumlarda sağlık kuruluşu da, hastanın uğradığı zararlar için organizasyon kusuru nedeniyle sorumlu tutulabilmektedir¹⁹³.

Hekimin özel hastanenin çalışanı olmayıp, sadece hastanenin mekanını kullanarak gebeliği sonlandırdığı benzer bir olgu da Yargıtay'ın kararına konu olmuştur¹⁹⁴. Ayrıca

190 YILMAZ, s: 171.

191 ÇELİK, Ahmet Çelik, Hekimlerin ve Hastanelerin Sorumluluğu, www. tazminathukuku.com, Erişim T: 28.10.2012; HATIRNAZ EROL, s: 242.

192 ÖZSUNAY, s: 93.

193 ÖZSUNAY, s: 94.

194 Yargıtay 13. HD, E: 2007/15155, K: 2007/5635, T: 19.04.2007: Davacı Çetin Adanır, kendisine asaleten, eşi Serpil'e vesayeten 26.11.1996 tarihinde açtığı dava ile Serpil'in 4 aylık hamile iken düşük tehlikesi nedeniyle 9.9.1995 tarihinde, davalı Özel Çankaya Hastanesine gittiklerini, davalı doktor Osman Çetin Enuysal tarafından eşinin doğumhaneye alınarak narkozitör olmadan kürtaj operasyonuna başladığını, Serpil'in hayat fonksiyonlarının durduğunu, hastanede bulunan başhekim ve anestezi uzmanları tarafından suni solunum ve kalp masajı yapılmak suretiyle hayata döndürüldüğünü, aynı gün Ankara Üniversitesi İbni Sina Hastanesine sevk edilen eşinin bir daha düzelmediğini, halen bitkisel hayatta olduğunu, davalı doktor, hemşire, başhekim, hastane ve hastane sahibinin kusurlu eylemleri sonucu hayatlarının mahvoldüğünü, Serpil'in çalışmasının artık mümkün olmadığı gibi hayatının geri kalanını bir başkasının bakımına muhtaç halde sürdürmek zorunda kaldığını ileri sürerek..... Davalı Çankaya Hastanesi A.Ş., davalı doktor O.Çetin Enuysal'ın hastane personeli olmadığını, özel muayenehanesi olan bu doktorun hastanın isteği ile hastaneye

hasta ile hastane arasındaki ilişkiye de vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı bir görüş tarafından yine bir Yargıtay kararı eşliğinde dile getirilmektedir ¹⁹⁵.

C- HAKSIZ FİİL

Mevcut bir hukuki ilişkiyle bağlantılı olmaksızın, hukukun cevaz vermediği bir eylem veya olay sonucunda, bir kimsenin uğradığı zararın bir başkası tarafından karşılanması yükümüne geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu denilmektedir. Buna göre hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kimse, verdiği zararı gidermekle yükümlü tutulmaktadır ¹⁹⁶. Daha önce yüklenilmiş bir borca aykırı davranıştan farklı olarak, haksız fiil sorumluluğunda genel davranış kurallarına aykırılık söz konusu olmaktadır ¹⁹⁷. Sözleşme şeklinde mevcut bir ilişkiden kaynaklanan borca aykırı davranışlar da aynı zamanda haksız fiil teşkil edebilmekle beraber, haksız fiilde özellikle söz konusu olan, mevcut bir ilişki dışında, genel davranış kurallarına aykırı bir eylemin varlığı ve bu eylem sonucu herkese karşı ileri sürülebilen mutlak hakların ihlal edilmesi olmaktadır ¹⁹⁸. *Akıntürk* ve *Ateş Karaman*, öğretide haksız fiilin, hukuk düzeninin izin vermediği ve hoş karşılanmadığı zarar verici eylem ve davranışlar olarak tanımlandığından söz etmekte ve haksız fiil sorumluluğunu bir kimsenin, aralarında bir ilişki mevcut olmaksızın, hukuka aykırı bir fiiliyle başka bir kimseye vermiş olduğu zararları tazmin etmekle yükümlü

geldiğini,zararlı sonucun doğmasına hastanede anestezi uzmanı olmasına rağmen onları çağırmadan operasyona başlayan ve yanlış ilacı kullanan doktorun neden olduğunu, hastanenin kusuru bulunmadığınıMahkemecedavalılar hakkındaki davanın kabulü ile ...tazminatın davalılardan müşterek ve müteselsilen tahsiline karar verilmiş;..... 13. HD, E: 2007/15155,K: 2007/5635, T: 19.04.2007, <http://www.tiphukuku.org.tr/icerik.php?gid=45&cat=18>, Erişim T: 19.10.2013.

195 Yargıtay 13.HD.E: 2004/ 6493, K: 2004/ 15431, T: 26.10.2004 : Davacıların davalılardan T Sağlık Hizmetleri A.Ş.'ye ait olan A hastanesinde ikiz çocuklarının dünyaya geldiği ve prematüre doğan bu çocukların doğum sonrası sağlık kontrollerinin davalı çocuk doktoru H tarafından yapıldığı ve çocuklardan K'nınbir gözünün, diğer çocuk D'nin ise iki gözünün de görme kabiliyetini kaybettiği anlaşılmaktadır.Yüksek Sağlık Şurasının raporuna göre istihdam eden şirket ve davalı doktora ayrı ayrı 1/8'er kusur izafe edilmiş ve mahkemece de bu orana göre tazminat miktarından indirim yapılmıştır.Davalılarla hastane arasındaki hukuki ilişki vekalet ilişkisi olup, vekil görevini ifa ederken en hafif kusurunun bulunması halinde dahi meydana gelen zarardan kusuru oranında değil, zararın tamamından sorumludur. Yargıtay 13.HD.E: 2004/ 6493, K: 2004/ 15431, T: 26.10.2004, YILMAZ, s: 29.

196 NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 12.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2012, s: 108, 109; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 1.

197 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 1.

198 NOMER, s: 110, 111.

olması olarak ifade etmektedirler¹⁹⁹. Haksız fiil sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu m.49/1'de düzenlenmiştir.

Hekim ile hasta arasında önceden açık veya zımni olarak yapılmış bir sözleşme olmadığı takdirde sorumluluğun kaynağının haksız fiil olduğu kabul edilmektedir²⁰⁰. Hekimin, yaptığı müdahale sonucu, hastanın ve konumuz bağlamında gebe kadının kişilik haklarına yönelik bir ihlal oluştuğunda, haksız fiil sorumluluğu ortaya çıkmaktadır²⁰¹. *Hakeri*, sözleşmenin özel hastane işleticisi ile hasta arasında kurulmasını da hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi olmaması durumuna örnek olarak göstermektedir²⁰². Ancak hekimle hasta arasında kurulmuş bir sözleşme ilişkisi olsa dahi, müdahalenin niteliği gereği haksız fiil hükümlerine de dayanılabileceğinden söz edilmektedir²⁰³.

Gökcan, gebe kadının rızası olmaksızın yapılan kürtaj örneğini vererek, bu durumun suç teşkil ettiğini, bu suçun oluşturduğu cezai sorumluluğun yanı sıra hasta ile hekim veya özel hastane arasındaki hukuki ilişkiye de haksız fiil hükümlerinin uygulanabileceğini belirtmektedir²⁰⁴. Buna göre, annenin rızası olmaksızın gebeliğin sonlandırıldığı durumlarda, ceza hukuku bağlamında ortaya çıkan çocuk düşürtme suçu, aynı zamanda hukuki olarak bir haksız fiil oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 17. maddesi hükmü başta olmak üzere, TMK 24. maddesi, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesi hükümleri uyarınca yapılacak bir tıbbi müdahale öncesinde hastanın, konumuz bağlamında gebeliği sonlandırılacak kadının rızasının bulunması şarttır. Gebeliğin sonlandırılmasında rızaya ilişkin olarak NPHK 6. maddesinde de²⁰⁵ özel düzenleme yer almaktadır. Tıbben gebe kadının yararına gerçekleşmiş olsa ve hiçbir sağlık

199 AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s: 86.

200 SOMER, Pervin, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I.Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII. Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2011, s: 45; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 271; ŞENOCAK, s 242, 243.

201 DOĞAN, s : 43.

202 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 497.

203 AYAN, s 45; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 497; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 272; ŞENOCAK, s: 243.

204 GÖKCAN, s: 308.

205 NPHK m.6: 5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz. 4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir. Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir.

problemi ortaya çıkmamış bile olsa, kadının rızası olmadan gebeliği sonlandırıldığı takdirde, müdahale hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmiş olacak ve bir haksız fiil oluşturacaktır.

Açıkça rızası olmayan bir kadının gebeliğinin, hekimlerce bilinçli olarak sonlandırılması, uygulamada beklenmeyen bir durum gibi görülse de, reşit ya da mümeyyiz olmayan kadınların gebeliklerinin, kendi rızaları aranmaksızın yasal temsilcinin isteği üzerine ya da reşit olsa bile, geçerli rızası olmaksızın, eşin ve diğer yakınlarının isteği yönünde sonlandırılabilirdiği görülmektedir. Hukuksal anlamda haksız fiil niteliği taşıyan bu tür eylemler cezai anlamda da çocuk düşürtme suçunu oluşturmaktadır.

Gebeliğin sonlandırılmasına bağlı olarak kadında yaralanma ve sakat kalma, hatta ölüm gibi durumların ortaya çıkması da mümkündür. Ortaya çıkan bu zararlar nedeniyle de, hem sözleşmeye aykırılık hem haksız fiil hükümlerine dayanılabilecektir. NPHK hükümlerine aykırılık nedeniyle müdahalenin hukuka aykırı şekilde gerçekleşmiş olduğu durumlarda, özellikle haksız fiil sorumluluğuna gidilmesi mümkün olacaktır.

Her ne kadar çalışmamızda özellikle ele alınan konu, hekimlerin doğrudan gebeliği sonlandırmaya yönelik müdahalelerden kaynaklanan sorumlulukları olsa da, vücutta başka hastalıklara yönelik yapılan tanısız işlemler ve tedaviler sırasında da gebeliğin istenmeden sona ermesi veya sona erdirilmeyi gerektirecek şekilde zarar görmesi mümkündür. Eksik araştırma, dikkat ve özen eksikliği sonucunda bu duruma yol açılması, arada kurulmuş sözleşmenin ihlali olarak ele alınabileceği gibi, temelde kadının vücut bütünlüğüne ve kişilik haklarına yönelik bir ihlal oluşturduğundan haksız fiil niteliği taşıdığı da söylenebilecektir.

D-VEKALETSİZ İŞ GÖRME

Bazı durumlarda hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığı gibi, müdahale haksız fiil olarak da kabul edilemeyebilecektir. Hastanın bilinci kapalı bir şekilde hekimin önüne gelmesi ve hekimin müdahale etmesi, bu durumlara örnek gösterilmekte ve vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağından söz edilmektedir.

Yine acil hallerde ve ameliyatın genişletilmesinin gerektiği hallerde, arada bir sözleşme kurulamayacaksa, vekaletsiz iş görmenin söz konusu olacağı belirtilmektedir²⁰⁶.

Vekaletsiz iş görme, vekaleti olmadığı halde bir kimsenin, bir başkasının yararına bir iş görme iradesiyle hareket etmesi şeklinde tanımlanmaktadır²⁰⁷. Vekaletsiz iş görme TBK'nın 526 - 531. maddelerinde düzenlenmiştir.

Arada bir sözleşmenin kurulmamış olduğu durumlarda, hekim zorunluluk hali içinde, hastanın hayatını kurtarmak ya da ağır bir zarara uğramasını önlemek için tıbbi bir müdahalede bulunmuşsa veya hastanın rızası alınarak başlanan bir ameliyatın, hastanın verdiği rızanın dışına çıkılarak genişletilmesi durumunda, hekimin yaptığı müdahaleler, vekaletsiz iş görme durumunu ortaya çıkarmaktadır²⁰⁸.

Vekaletsiz iş görme, hasta ile hekim arasında, geçerli bir irade beyanı bulunmadan, hekimin müdahale veya tedaviyi hastaya uygulaması olarak da tanımlanmakta²⁰⁹, ayrıca var olan sözleşmenin şartlarının hekim tarafından zorunluluk nedeniyle genişletilmesi de vekaletsiz iş görme içinde ele alınmaktadır. Tıbbi müdahalenin vekaletsiz iş görme uyarınca zorunlu olarak genişletilebilmesi için, gecikmelerin doğuracağı tehlikeler nedeniyle hastadan rıza alınmasının mümkün olmaması gerektiğinden ve ölüm tehlikesi olmadığı sürece önemli organların alınmasına izin verilmediğinden söz edilmektedir²¹⁰.

Gerçek vekaletsiz iş görmede, bir kimsenin, başkasına ait bir işin görülmesi iradesiyle, onun hukuk alanına, bu konuda bir mezuniyeti olmaksızın karışmasının söz konusu olduğu, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede ise, bir kimsenin, bilerek ya da bilmeyerek, başkasının işini, kendi işiymiş gibi ve kendisine menfaat sağlamak üzere görmekte olduğu belirtilmektedir²¹¹. Yine bir diğer görüşe göre, iş sahibinin çıkarına uygun olarak girişilen ve onun geçerli bir yasaklamasına aykırı olmayan vekaletsiz iş görmeye 'caiz olan- gerçek- vekaletsiz iş görme', vekaletsiz iş gören öyle zannetse bile, aslında iş sahibinin menfaatine uygun olmayan, ya da iş sahibinin açık yasaklamasına aykırı olan veya iş görenin başkasına ait olduğunu bilerek ya da bilmeyerek kendi çıkarına

206 KICALIOĞLU, s: 154; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 497; AYAN, s: 45; ŞENOCAK, s: 253, dn: 4; ÖZPINAR, s: Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 284.

207 KICALIOĞLU, s: 154, 183.

208 HATIRNAZ EROL, s: 243.

209 GÜNDAY, Rezzan, Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s: 10.

210 ÖZTÜRKLER, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s: 170.

211 YAVUZ, Cevdet, s: 640, 645.

yapmış olduğu işe veya iş sahibi tarafından yetkili kılınmamış bir kişinin kendisine verdiği vekaletle dayanarak iş sahibinin bir işini görmesi durumuna ‘caiz olmayan vekalet iş görme’ denmektedir ²¹². *Demir* de, hekimin vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluğunun gerçek ya da gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayandığını belirtmektedir ²¹³.

Kıcalıoğlu, hekimin gerçek olmayan vekaletsiz iş gören durumunda olması halinde, yani işin başkasına ait olduğunu bildiği, alanı dışında kalan bir konuda hareket ettiği, hastanın bağlayıcı yasaklamasına aykırı olarak hareket ettiği takdirde, tam sorumluluk altında olduğundan, ve kusurundan doğan her türlü zararı tazmin etme durumunda olduğundan, oysa caiz olan, gerçek vekaletsiz iş görme durumunda, tamamen hastanın yararına olarak işe giriştiğinden ve yasaklamasına aykırı düşmeyecek biçimde hareket ettiğinden hukuki sorumluluğunun hafifletilmiş olduğundan söz etmektedir ²¹⁴. Hekimin vekaletsiz iş gören olarak yaptığı müdahalelerin sıklıkla hastanın menfaatine ve tıbbi müdahalenin olası amacına uygun olduğu kabul edilmektedir ²¹⁵. Böylece konumuz bağlamında yetkili bir kadın doğum uzmanının gebeliğın sonlandırılmasıyla ilişkili olarak bilinci kapalı hastasına yönelik giriştiği müdahaleler açısından gerçek vekaletsiz iş görmenin varlığından söz edilebilecek olmakla beraber, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme durumunun da nadir de olsa söz konusu olabileceğini göz önünde tutmak gerekmektedir.

Gökcan da, TBK 527. maddede belirtilen hallerde hekimin sorumluluğunun ağırlaştırıldığını, hastanın önceden reddettiğini bildiği bir tedavi yöntemini uygulamışsa, beklenmeyen halden doğan zarardan da sorumlu olduğunu, ancak hastanın istemi hukuka ve ahlaka aykırı ise bu hükmün uygulanamayacağını, örneğın bilinci yerinde olmayan hastanın hayatı için büyük bir tehlike söz konusu ise, hastanın bu müdahaleyi istemiyor olmasının hekimin sorumluluğunu ağırlaştırmayacağını belirtmektedir ²¹⁶. Acil hallerde yapılan kürtaj işlemlerinde annenin bilinci yerinde olmayabileceğinden, hasta ile hekim

212 Bkz. ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 284.

213 DEMİR, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan, s: 153.

214 KICALIOĞLU, s: 183.

215 Bkz. ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 284.

216 GÖKCAN, s: 920.

arasındaki hukuki ilişkinin, vekaletsiz iş görme ilişkisi olduğu da yazar tarafından dile getirilmektedir ²¹⁷.

NPHK 7. maddesinde ‘derhal müdahale edilmediği takdirde kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden acil hallerde rahim tahliye edilir’ denmekte ve RTSHYDİT’ün 8. maddesinde de rahim tahliyesini, yani gebeliğin sonlandırılarak gebelik ürününün rahim dışına çıkarılmasını gerektiren acil haller sayılmaktadır, ayrıca RTSHYDİT’ün 14. maddesinde veli ya da sulh mahkemesinden izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmemesinin hayatı ve hayati organlardan birini tehdit ettiği acil hallerde izin şartı aranmayacağı belirtilmektedir. Gerçi burada gebe kadının kendi rızasının değil diğer kişilerin izninin alınmamasından söz edilmekteyse de, kadının bilincinin kapalı olması nedeniyle rızasının alınamadığı ve yaşamsal tehlikenin mevcut olduğu durumlarda, hekim kadının hayatını kurtarmak üzere gerekli müdahalede bulunarak gebeliği sonlandırabilecektir.

Böyle acil durumlarda bazen, fetusun rahim içinde ölmüş ve gebeliğin bozulmuş olma ihtimali de göz önünde tutularak, gebeliğin hekimin müdahalesi nedeniyle sonlanmamış olduğu, yani vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak sadece kadının vücuduna yönelik bir müdahale yapılmış olabileceğinin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Ayrıca gebeliğin acilen sonlandırılmasını gerektiren ve gebe kadının rıza veremeyecek şekilde bilincinin kapalı olduğu haller, bu maddede sayılan durumlarla sınırlı olmadığından, hekimin sayılı nedenlerin dışındaki acil durumlarda da vekaletsiz iş görme uyarınca gebeliği sonlandırması mümkün olacaktır.

Vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak cerrahi müdahalenin genişletilmesi ise, uygulamada en sıklıkla, gebeliği sonlandırmak için uygulanan kürtaj ya da diğer bir yöntem sırasında, rahimde delinmeler ve yırtılmaların, buna bağlı karın içi organlarda yaralanmaların, hastanın hayatını tehlikeye sokacak ciddi kanamaların ortaya çıkması durumunda ²¹⁸, bunu kontrol altına almaya ve onarmaya yönelik yapılan daha geniş cerrahi müdahaleler ve bazı durumlarda rahmin alınması yoluyla kadının üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasına kadar giden ameliyatlar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Elbette ki

217 GÖKCAN, s: 306.

218 BRENNER, Paul F / MISHELL, Daniel R, Doğum Kontrolü: Kontrasepsiyon, Sterilizasyon ve Gebeliğin Sonlandırılması, Danforth’s Obstetrik ve Jinekoloji, Ed: SCOTT, James R/ DiSAIA Philip J / HAMMOND, Charles B / SPELLACY, William N., 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, Çeviri Ed.: EREZ, Selçuk, Yüce Yayınları, Ağustos 1992, s: 880.

hastanın gebeliğini sonlandırmak için yapılan müdahale genel anestezi altında gerçekleşmemiş ve hasta bilinci açık şekilde müdahalenin genişletilmesine rıza göstermiyorsa, hekim vekaletsiz iş görmeye dayanarak girişimde bulunamayacaktır. Bununla beraber hastanın cerrahinin genişletilmesine rıza göstermemesini, hekimin ortaya çıkan ve hayatı tehdit eden komplikasyonla mücadele ve olumsuz sonuçlarını geriye döndürme imkanını elinden kaldırdığı için, hekimin sorumluluğunu belirlerken müterafik kusur²¹⁹ olarak dikkatle ele alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Aydınlatılmış onamın öğretilde ve uygulamada kazandığı önem nedeniyle, kural olarak hastaya bir gebelik sonlandırma işlemi öncesinde tüm bu olasılıklar anlatılarak onamı alındıktan sonra gebeliğin sonlandırılmasına geçildiği için, gebe kadının da ortaya çıkacak bu durumlar yönünden genellikle rızası bulunmakta, dolayısıyla vekaletsiz iş görme durumunun ortaya çıkması nadiren söz konusu olmaktadır.

E-KUSURSUZ SORUMLULUK HALLERİ

Sorumluluğa gidilebilmesi için genel prensip, kusurun aranması olmakla beraber, bazı hallerde kusuru bulunmayan kimse de zarardan sorumlu tutulmakta, yani, kendisini kusurlu kılacak bir davranışta bulunmamış olsa da, sorumlu duruma düşmektedir²²⁰. Kusursuz sorumlulukta, hukuka aykırı bir eylem, ortaya çıkmış bir zarar ve bu zararlar hukuka aykırı eylem arasında nedensellik bağının bulunması, ayrıca kusur aranmaksızın, sorumluluğu doğurmak için yeterli olmaktadır. Kusursuz sorumluluk, çoğu kez başkasının eyleminden sorumluluk şeklinde kendini göstermekte, sorumlu kişinin zararın doğumuna doğrudan katkısı bulunmamaktadır²²¹.

Türk Borçlar Kanunu'nda kusursuz sorumluluğun düzenlendiği pek çok hüküm olmakla beraber, tıbbi müdahaleler ve dolayısıyla gebeliğin sonlandırılması bağlamında, TBK m.66 uyarınca adam çalıştırmanın sorumluluğu ve TBK m.116 uyarınca yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Haksız fiile dayanıldığında sorumluluk TBK m.66 uyarınca adam çalıştırmanın sorumluluğu şeklinde

219 Mağdurun makul bir insandan beklenen davranışta bulunmayarak zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olmasına birlikte (müterafik) kusur denmektedir. Birlikte kusur oluşturan davranış yapma tarzında ya da yapmama tarzında da gerçekleşmiş olabilir. Bkz. OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 120.

220 NOMER, s: 124; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 135.

221 ÖZPINAR, s: 58, 59.

ortaya çıkarken, bir borç ilişkisinin varlığında TBK m.116 uyarınca yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk gündeme gelmektedir.

TBK m.66'ya göre, özel hukuk hükümleri çerçevesinde başkalarını çalıştıran yani istihdam edenlerin sorumluluğuna gidilebilmektedir. Adam çalıştıran gerçek veya tüzel kişi olabilmektedir. Adam çalıştıranların objektif özen yükümlülüğü söz konusu olup, bunlar gerekli dikkat ve özeni gösterdiklerini ispat etmedikçe, çalıştırdıkları kişilerin üçüncü kişilere verdikleri zarardan sorumlu tutulmaktadırlar²²². Adam çalıştıranın sorumlu tutulabilmesi için hizmet akdine dayanan bir istihdam ilişkisi olması²²³, çalışanın adam çalıştıranın emir ve talimatları doğrultusunda işi yürütmesi, zararın çalıştırılanın hukuka aykırı fiilinden doğmuş olması, çalışan yani istihdam edilenin yaptığı işle bağlantılı olarak üçüncü bir kişiye zarar vermiş olması, çalışanın hukuka aykırı eylemi ile zarar arasında nedensellik bağı olması ve adam çalıştıranın kurtuluş kanıtını getirememiş olması gerekmektedir²²⁴.

Adam çalıştıranın kurtuluş kanıtını getirerek sorumluluktan kurtulabilmesi için, çalışanı seçmede, ona talimat vermede, onun gözetim ve denetiminde, zararın doğmasını engellemek için gerekli tüm dikkat ve özeni gösterdiğini ispat etmesi gerekmekte, bir başka ifadeyle sorumluluk karinesini ancak, çalıştırdığı kişinin seçiminde, ona talimat vermede ve denetlemekte özen gösterdiğini ispat ederek çürütebilmektedir²²⁵. Adam çalıştıran ödediği tazminat için zarar veren çalışana onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahip olduğuna göre²²⁶ tıbbi müdahaleler bağlamında da kusursuz sorumluluğuna gidilen hekim ya da hastane de ödediği tazminatı çalışana rücu edebilecektir.

Bir borç ilişkisinin varlığında ise TBK. m.116 uyarınca yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı özel hastane ya da hekimin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmektedir. Yardımcı kişilerin fiilinden kaynaklanan sorumlulukta, borcun ifasına katılan yardımcı kişilerin,

222 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 140.

223 *Oğuzman ve Öz*, zararı veren kişinin, sorumlu tutulmak istenen kimsenin işe aldığı elemanı olması gerektiğini, bunun TBK m.66 uyarınca aranan bir şart olduğunu, bir kimsenin diğer bir kişinin müstahdemi olduğunu kabul etmek için, ona tabi olması, onun emri altında çalışması gerektiğini, adam çalıştırana yükletilen özen yükümlülüğünün onun emir verme yetkisi ile ilgili olduğunu, ancak bağı olarak çalışmanın kabul edilmesi için, akdi bir bağı, hizmet sözleşmesinin şart olmadığını belirtmektedirler. Bkz OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 144.

224 NOMER, s: 129, 134, 135; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 143, 144, 145, 146.

225 NOMER, s: 129, 134, 135.; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 147, 148, 149.

226 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s 153.

sözleşmeye aykırılık oluşturan bir davranışla alacaklıya verdikleri zarardan sözleşmenin tarafı olan asıl borçlu sorumlu olmaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin tarafı olan asıl borçlu yardımcı kişinin verdiği zararı gidermekle yükümlü olmaktadır. Bir görüşe göre, borçlunun TBK. m. 116'ya göre sorumlu olabilmesi için her şeyden önce borçlu ile alacaklı arasında bir borç ilişkisinin bulunması gerekmekte, bu ilişki taraflar arasındaki sözleşmeden doğabileceği gibi, haksız fiilden de doğabilmekte, arada bir borç ilişkisinin varlığı yeterli olmakta, ancak en önemli ve sık görülen borç ilişkisi sözleşme şeklinde ortaya çıkmaktadır²²⁷. *Oğuzman ve Öz'e* göre de, borçlunun yardımcıların fiilinden sorumlu olması için, borçlunun borcun ifasında veya borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılmasında yardımcı kişi kullanmış olması, borcun ifasında yardımcı kişi kullanılmasının borca aykırı olmaması, yardımcı kişinin borçlunun borcuna aykırı bir davranışla alacaklıya zarar vermiş olması, borçlu bizzat borç ilişkisi kendisi tarafından ifa edilmiş ve alacaklıya zarar verilmiş olsa da, sorumlu tutulabilecek olması ve yardımcıların fiilinden sorumluluğu kaldıran veya daraltan bir anlaşma bulunmaması gerekmektedir²²⁸.

Tıp mesleğinin uzmanlığı gerektiren bir meslek olması ve kanun ve yetkili makamlar tarafından verilen izinlerle yürütülmesi nedeniyle yardımcı şahısların eylemlerinden doğabilecek sorumluluğun önceden bir sözleşme ile kaldırılması da mümkün olmamaktadır.

Çalışanın gördüğü iş, çalıştırmanın üçüncü kişiye olan borcunun ifasına yardımcı olmaktan oluşuyor ve çalışan bu borca aykırı bir davranışla alacaklıyı zarara uğratmış ise, çalıştırmanın bu borca aykırı davranıştan sorumluluğu TBK m.116'ya tabi iken, yardımcı kişinin verdiği zarar, borcun ihlali olmayıp genel davranış kurallarına aykırılık oluşturduğu takdirde, adam çalıştırmanın sorumluluğu TBK m.66'ya tabi olmaktadır. Borcun ifasına yardımcı olan çalışanın fiili hem borca aykırılık hem de genel davranış kurallarına aykırılık teşkil ettiği takdirde, bu kişiyi çalıştırmanın borçlunun sorumluluğunda, TBK m. 66 ile m.116 hükümlerinin yarışacağı da belirtilmektedir²²⁹.

227 Bkz ÖZDEMİR, Hayrünisa, Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtay'ın Görüşü, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-105-1262>, Erişim T: 08.08.2014, s 265, 266.

228 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s :428 - 438.

229 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s 140, 141.

Yargıtay'ın hekimi özel hastanenin istihdam ettiği kişi olarak kabul ettiği ve buna dayanarak hastanenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi gerektiğini belirttiği bir karar²³⁰ ise öğretide, adam çalıştırmanın sorumluluğuna arada bir borç ilişkisinin kurulmamış olduğu haksız fiil durumlarında dayanılabileceği, oysa hasta ile hastane arasında kurulmuş bir sözleşmesel borç ilişkisinin varlığı nedeniyle hekimin ifa yardımcısı konumunda olduğu, dolayısıyla adam çalıştırmanın sorumluluğuna dayanarak eski BK m.55 uygulanmış olması eleştirilmektedir²³¹. Kanaatimizce de hasta ile özel hastane arasında kurulmuş bir sözleşme ilişkisinin varlığı nedeniyle hastanenin ifa yardımcısının eylemlerinden doğan kusursuz sorumluluğuna dayanılması ve o tarihte yürürlükte olan Borçlar Kanunu'nun 100. maddesinin uygulanması (BK. m.100- Muavin Şahısların Mesuliyeti) yerinde olurdu.

Şayet hekim sağlık kuruluşunun istihdam ettiği bir kişi konumundaysa, ya doğrudan sağlık kuruluşunun ya da hekim ve sağlık kuruluşunun birlikte sorumluluğuna gidilebilmektedir. Hasta talebini sadece hekime veya sadece hastaneye yöneltebileceği gibi, her ikisine de başvurabilmektedir. Hekim ve sağlık kuruluşu ortaklaşa ve zincirleme sorumlu olmaktadır²³². Ancak hekim sağlık kuruluşunun bir çalışanı değil de sadece müdahaleyi gerçekleştirmek için o kuruluşun imkanlarından yararlanıyorsa, kuruluşun ancak, organizasyon kusurundan kaynaklanan durumlarda sorumlu olması beklenmektedir. Hasta ile sağlık kuruluşu arasında doğrudan bir hastaneye kabul sözleşmesi kurulmamış olsa bile, özellikle gebeliğin sonlandırılmış olmasından ziyade, kurumun yetersizlikleri nedeniyle yapılan müdahalenin komplike olarak annede ölüm, yaralanma, sakat kalma gibi durumlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda hastanenin sorumluluğuna gidildiği görülmektedir.

Ekip çalışmasının zorunlu olduğu tıbbi müdahalelerde, ekip başkanının, yardımcıların eylemlerinden sorumlu olması da kusursuz sorumluluğa örnek

230 Yargıtay, 13 HD, E: 2006/6143, K: 2006/ 11224, T: 07.07.2006 :Davalılardan A hastanesi ile davacılar arasındaki ilişki vekalet ilişkisi olup, davalı hastane BK 55.maddesi gereğince istihdam eden sıfatı ile hastanede çalışan doktorların neden olacağı zararlardan kurtuluş kanıtı getiremediği sürece, kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince sorumludurdoğumsal kalp hastalığı teşhisini koymakta yetersiz kalan Dr.AN'nun sorumlu olduğu belirtilmektedir. Hamileliği takip eden ve aynı hastanede çalışan Dr.A N'nun, hamileliğin takibinde ve doğumsal kalp hastalığının teşhisini koymakta kusur ve ihmalinin bulunduğu ve bunun da dava konusu tazminatı gerektirir olayı doğurduğunun saptanması ve kurtuluş kanıtının getirilememesi halinde, davalı hastanenin de az yukarıda açıklanan kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince sorumlu olduğunun kabulü gerekir' Yargıtay, 13 HD, E: 2006/6143, K: 2006/ 11224, T: 07.07.2006, GÖKCAN, s: 1193.

231 ÖZDEMİR, Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören, s: 268, 269.

232 HATIRNAZ EROL, s: 243.

gösterilmektedir ²³³. Bir gebelik sonlandırıldığında, ekibin lideri konumundaki kadın hastalıkları ve doğum uzmanının da yardımcı kişi konumundaki ebe, hemşire gibi diğer sağlık çalışanlarının kusurlarından sorumluluğu gündeme gelebilmektedir. Hekim, hemşire, hastabakıcı, yardımcı hekim gibi kişilerin hastaya verdiği zararlardan sorumlu tutulmaktaysa da ²³⁴, hasta, arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığı bu yardımcı şahısların eylemlerinden zarar görmüş ve özellikle onları sorumlu tutmak istiyorsa, genel nitelikteki haksız fiil hükümlerine de başvurabilmektedir ²³⁵. Ancak bir kadın doğum uzmanının kendisinden hiçbir şekilde emir ve talimat alma durumunda olmayan, kendisinin yardımcı şahsı durumunda da olmayan, hastanenin ifa yardımcısı diğer branş hekimlerinin, örneğin anestezi uzmanı ve ona bağlı anestezi ekibinin vermiş oldukları zararlardan sorumlu tutulmamaları gerektiğini düşünmekteyiz.

Öğretide ayrıca, borç ilişkisinin alacaklı tarafı ile ifa yardımcısı arasında akdi bir ilişki mevcut olmadığı için alacaklının ona karşı sözleşmenin ihlaline dayanan bir tazminat davası açamayacağından, ancak yardımcı kişinin davranışı bir haksız fiil oluşturduğu takdirde, TBK. m. 49 ve m.66'ya dayanarak borçlu ile birlikte veya tek başına yardımcı kişiyi haksız fiil hükümlerine göre dava edebileceğinden, yardımcı şahsın fiili, karşı tarafa zarar verdiğinde, hem genel hukuk hükümlerine aykırılık yani bir haksız fiil, hem de sözleşmeye aykırılık olduğu durumlarda, TBK. m. 66 ve TBK. m. 116 yarışma halinde olduğundan ve tarafların kendi durumlarına en uygun olanı seçebileceklerinden, yardımcı şahsın fiili, hem TBK. m. 116'ya göre borca aykırılık, hem de TBK. m. 66'ya göre haksız fiil teşkil ediyorsa, bu durumda birden fazla kişinin sözleşme, haksız fiil gibi farklı hukuksal sebeplerle sorumlu tutulabileceklerinden ve TBK. m. 61 gereğince müteselsilen sorumluluğun ortaya çıkacağından söz edilmektedir ²³⁶.

233 ÖZPINAR, s: 59.

234 Yargıtay, 13 HD, E: 2003/ 2333, K: 2003/ 6348, T: 04.02.2003:Davalılardan doktor E.Ö'ya ait muayenehanede diğer davalının hemşire olarak çalıştığı uyuşmazlık konusu değildir. Borçlar Kanunu 100.maddesi uyarınca bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara ve de kanuna muvafık surette tevdi eden kimse bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür.Davalı doktor yardımcı kişinin fiilinden davacılar karşı sorumludur. Aynı maddenin ikinci fıkrasına uygun şekilde sorumluluğu bertaraf edici bir anlaşma olduğu da iddia ve ispat edilmemiştir.Mahkemece davalı E.Ö. hakkında davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir. Yargıtay, 13 HD, E: 2003/ 2333, K: 2003/ 6348, T: 04.02.2003, YILMAZ, s 165.

235 YILMAZ, s: 117.

236 Bkz. ÖZDEMİR, Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören, s: 264, s 278, s 283.

III- GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI NEDENİYLE TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI

A-GENEL OLARAK

TBK m.112'nin 'Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür' hükmü ile tazminat davasının şartlarının genel olarak düzenlenmiş olduğu, buna göre, borçludan tazminat istenebilmesi için borcun hiç ifa edilmemiş veya gereği gibi ifa edilmemiş olması, alacaklının bu yüzden bir zarara uğramış olması, borçlunun borcun ifa edilmemesinde kusurunun bulunması, ki borçlunun kusuru bulunmadığı halde sorumlu tutulduğu kusursuz sorumluluk halleri de mevcuttur, ve borcun ifa edilmemesi ile ortaya çıkan zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır²³⁷.

Özel bir sorumluluk hükmüyle düzenlenmemiş durumlarda ise haksız fiil sorumluluğu söz konusu olmakta ve TBK m.49 hükmüne göre, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlü olmaktadır. Buna göre, kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun da şartları, ki ayrıca kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu haller bulunmakla beraber, hukuka aykırı bir fiil, bu fiille bir kişiye verilen zarar, fiille zarar arasında nedensellik bağı ve fiilin işlenmesinde failin kusurlu olması olarak ifade edilmektedir²³⁸.

Hekimin sözleşmeye dayanan sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için gerekli şartlar da hasta ile kurulmuş sözleşmenin varlığı, sözleşmenin ihlali, zarar, zarar ile sözleşmenin ihlali arasında nedensellik bağı ve hekimin kusuru olarak açıklanmaktadır²³⁹. Ancak tıbbi müdahalelerin çoğunda bir sözleşme ilişkisi mevcut olmak ve sorumluluk buna göre belirlenmekle beraber, sözleşmenin olmadığı durumlarda ya da sözleşme olsa bile, tıbbi müdahaleler hastanın beden bütünlüğüne yönelmiş eylemler olduğu için, aynı zamanda hekimin haksız fiilden kaynaklanan sözleşme dışı sorumluluğuna da gidilebilmektedir. Haksız fiil sorumluluğundan söz edilmesi için gerekli şartların da, sözleşme sorumluluğuna

237 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s 391, 393, 395, 415.

238 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s 11, 12.

239 AYAN, s: 63.

paralel olarak hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağı şeklinde ele alınabileceği belirtilmektedir²⁴⁰.

B - HUKUKA AYKIRILIK

1-Genel Olarak

Hukuka aykırılık, hukuken cevaz verilmemiş bir davranışta bulunmak²⁴¹ ya da doğrudan ya da dolaylı olarak başkalarına zarar vermeyi yasaklayan bir hukuk normunun ihlali, kişilerin şahıs varlığı ve malvarlığı değerlerini koruyan hukuk kurallarına aykırı hareket edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır²⁴². Hukuka aykırılık, yapılan hareketin bir hukuk kuralına aykırı olması şeklinde de ifade edilmektedir²⁴³.

Hasta ile hekim, çalışma konumuz bağlamında gebe kadın ile hekim arasındaki ilişki bir sözleşmeye dayanıyorsa, hukuka aykırılık genellikle sözleşmenin ihlali şeklinde ortaya çıkmaktadır. Sözleşmesinin ihlali, ifa etmeme ve gereği gibi ifa etmeme şeklinde ortaya çıksa da²⁴⁴, konumuz bağlamında sözleşmenin ifa edilmemesinden ziyade gereği gibi ifa etmeme, yani uygun tanı ve tedavinin gerçekleştirilmemesi, aydınlatmanın usulüne uygun olarak yapılmamış olması, sadakat ve özen gösterme borcunun yerine getirilmemiş olması, kayda geçirme ve sır saklama borcunun ihlali şeklinde ortaya çıkabilmektedir²⁴⁵.

Haksız fiil sorumluluğu bakımından da hukuka aykırılık unsuru, sözleşmeye aykırılığa paralel olup, tıbbi müdahalelerde sözleşmeye aykırılık çoğunlukla bir haksız fiil de oluşturduğundan, sözleşmeye aykırılık hukuka aykırılığı da beraberinde getirmektedir²⁴⁶. Aşçıoğlu'na göre de sözleşme ilişkisinin bulunması haksız eyleme dayanmayı ortadan kaldırmamakta, hakların yarışması söz konusu olmaktadır²⁴⁷. Ayrıca Oğuzman ve Öz'ün de dikkat çektiği²⁴⁸ borçların ifa edilmemesi durumunda sorumluluğun ve giderim borcunun kapsamına ilişkin TBK m.114/ 2'nin haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanacağı hükmü göz

240 AYAN, s: 116; AŞÇIOĞLU, s:65; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 273, 274.

241 NOMER, s: 110.

242 AŞÇIOĞLU, s: 266; AYAN, s: 116; YILMAZ, s: 116; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 274.

243 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 14.

244 AYAN, s: 63.

245 AYAN, s: 63, s: 99; DEMİR, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan, s: 155.

246 AYAN, s: 117; YILMAZ, s: 116.

247 AŞÇIOĞLU, s: 65.

248 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 402.

önüne alındığında, hukuka aykırılık unsurunu bir başlık altında irdelemekte sakınca olmayacaktır.

2-Hukuka Uygunluk Nedenleri

Genel olarak hukuka aykırılığı önleyen nedenler TBK m.63'de sayılmıştır. TMK m.24/2'de de kişilik hakkına saldırılar bakımından hukuka aykırılığı önleyen nedenlerin düzenlendiği görülmektedir. Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi ve sorumluluk ortaya çıkmaması için ise ayrıca birtakım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir²⁴⁹. Bu şartlar, müdahalenin tıp mesleğini icra etmeye yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesi, kanunen öngörülmüş amaçlara yönelmiş olması, tıp biliminin genel ilke ve kurallara uygun olarak yapılması ve hastanın müdahaleye rıza göstermesi olarak tanımlanmaktadır²⁵⁰.

Öğretide başka bir görüşe göre de, hekimin tıp mesleğini uygulama hak ve yetkisine sahip olması ve hastanın muayene için onamının, yapılacak her türlü diğer uygulama ve girişim içinse aydınlatılmış onamının bulunmasının tıbbi müdahaleler için hukuka uygunluk koşulları olduğu belirtilmektedir²⁵¹.

Gebeliklerin sonlandırılmasını düzenleyen 2827 sayılı NPHK hükümlerine göre, bir gebelik, gebe kadının rızası ve kanunda öngörülmüş diğer kişilerin izninin olması, gebelik süresinin on haftayı geçmemesi, on haftayı geçmiş ise ancak, yine kanunda tanımlanmış tıbbi zorunluluklar ve acil durumların mevcut olması ve işlemin kanunun açıkça yetki tanıdığı hekimlerce gerçekleştirilmesi koşuluyla hukuka uygun şekilde sonlandırılabilir. Ayrıca NPHK'da yer almamakla beraber, 5237 sayılı TCK'nın 99/6 maddesiyle, suç sonucu oluşan gebeliklerin, gebe kadının rızası olması koşuluyla yirminci gebelik haftasına kadar uzman hekim tarafından hastane ortamında sonlandırılması durumunda cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Demek ki bir gebeliğin hukuka uygun şekilde sonlandırılmış olması için sayılan bu koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir.

249 ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2003, s: 26.

250 ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s 26-40; SAVAŞ, Halide, Tıbbi Malpraktis ve Komplasyondan Doğan Sorumluluklar, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, 10-17 Eylül 2011, İstanbul Barosu Yayınları, Nisan 2012, s: 259; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 274.

251 ÇETİN, Gürsel, Tıbbi Malpraktis, ÇETİN, Gürsel/ YORULMAZ, Coşkun, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, İÜ. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi, Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi 48, İstanbul, Şubat 2006, s: 31.

2.1- İlgilinin Rızası

Türk Medeni Kanunu m.24/2. uyarınca kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası olmaksızın kişilik haklarına yapılan saldırılar hukuka aykırı olacağına göre, kadının kişilik hakkına açıkça bir saldırı niteliğinde olan gebeliğini sonlandırmaya yönelik müdahaleler de kadının rızasının yokluğu durumunda hukuka aykırı olacaktır. Ancak rızanın varlığı, on haftanın altındaki gebeliklerin sonlandırılmasını, başka bir neden aranmaksızın, hukuka uygun hale getirmekle beraber, sürenin on haftayı aştığı durumlarda, ilave hukuka uygunluk nedenleri de aranmaktadır.

Rıza açıklamaya kural olarak yetkili kişi, tüm tıbbi müdahalelerde olduğu gibi, müdahaleye maruz kalacak hasta, yani konumuz bağlamında gebe kadının kendisidir. Ancak gebe kadın uygulanacak işlemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinden yoksun ise, yani rızaya ehliyeti bulunmuyorsa, ancak yasal temsilcinin rızası ile eylem hukuka uygun hale gelecektir ²⁵². Bu durum TŞSTİDK m.70, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24'de hüküm altına alınmış olduğu gibi gebeliğin sonlandırılmasına yönelik özel düzenleme olan NPHK'a dayanan RTSHYDİT 13. maddesinde de düzenlenmiştir. Buna göre on haftayı geçmeyen gebeliklerde, gebe kadın reşitse kendisinden, küçükse, kendisinin rızası alınmakla birlikte velisinden, vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz değilse, kendisinden ve vasisinden (bu halde ayrıca sulh hakiminden de) izin alınması gerekecektir. Ayrıca diğer tıbbi müdahalelerden farklı olarak, Tüzük'ün sözü geçen, 13. maddesi uyarınca gebe kadının evli olması durumunda eşinden de izin belgesi alınması gerekmektedir. Yasal temsilcilerin rıza ve izinlerinin aranmasındaki neden, eylemin hukuki anlamını ve sonuçlarını algılama yeteneği olmayan kadın üzerindeki koruyucu ve gözetici fonksiyonları olmakla beraber, reşit ve mümeyyiz bir kadının, eşinden de izin alınması gerekliliği, kanaatimizce beden bütünlüğü üzerindeki tasarruf özgürlüğüne bir sınırlama niteliği taşımaktadır. Ayrıca TCK' da çocuk düşürtme suçu düzenlenirken de kanun koyucunun, gebe kadınıninkinden başka bir rıza aramadığı görülmektedir. NPHK ve RTSHYDİT hükmüne aykırı olarak izni alınmayan eşin, buna dayanarak, tazminat talebinde bulunması olası gözükmekteyse de, sözleşme öncelikle gebe kadın ile hekim arasında kurulmuş olduğundan, sözleşmenin tarafı olmayan eşin, sözleşmenin ihlaline dayanarak sorumluluğa gidemeyeceğini düşünmekteyiz. Aynı şekilde,

252 ÇAKMUT, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s:26.

kendi beden bütünlüğüne ve kişilik haklarına yapılmış bir saldırı da söz konusu olmadığı için haksız fiilden dolayı sorumluluğun da gündeme gelemeyeceği kanaatindeyiz, zira kadının rızası eylemi hukuka uygun hale getirmektedir.

Bununla beraber öğretide bir görüşe göre, evlilik birliğinin kutsallığı, eşlerin ortak bir geçmiş ve gelecek için bir arada oldukları, çocuğun ortak fiilleri neticesinde hayat bulduğu, her ikisi için de çok kıymetli olduğu, ayrıca babanın sperm hücreleri olmaksızın gebelik oluşamayacağına göre, sadece anneye ait bir varlık olmasının kabul edilemeyeceği, sırf kadın çocuğu taşıyor, olay kadının vücudunda meydana geliyor diye, babayı saf dışı bırakmanın hatalı olacağı, ifade edilmektedir ²⁵³ .

Hastanın rızası alınmaksızın yapılan müdahale tıbbın kurallarına uygun gerçekleştirilmiş olsa bile, hukuka aykırı sayılmaktadır. Yargıtay kararlarında da hastanın vereceği rızanın önemine vurgu yapılmaktadır ²⁵⁴. TŞSTİDK 70. maddesi, HHY'nin 22. , 24., 31. maddelerinde de tıbbi müdahalelere yönelik rıza ve kapsamı hakkında detaylı düzenlemeler yer almakta, ayrıca yönetmeliğin 30. maddesi, gebeliğin sona erdirilmesinde rızaya ilişkin olarak 2827 sayılı NPHK'a gönderme yapmaktadır. Rıza bir şekilde bağlı olmayıp, açık ve zımni, yazılı ve sözlü olabileceks de, TŞSTİDK m.70'e göre büyük cerrahi müdahaleler öncesi yazılı olması gerekmekte, NPHK' ya dayanan Tüzük'de ise düzenlenmiş izin belgesinin doldurulması ve imzalanması, yani yazılı olması öngörölmüş bulunmaktadır. Ayrıca HHY'nin 26. maddesinde 8.5.2014 tarihli Yönetmelik ile yapılan değişiklik ile mevzuatta yer alan durumlar ve uyuşmazlık potansiyeli taşıyan müdahalelerde yazılı bir rıza formu düzenlenmesinin de öngörölmüş olduğu görölmekte ve artık bu düzenlemenin de dikkate alınması gerekmektedir.

Rızanın geçerli olması da üzerinde müdahale gerçekleştirilecek olan kişinin ve/veya yasal temsilcinin aydınlatılmasına bağlı olup, uygun şekilde aydınlatıcı bilgi verilmeksizin tıbbi müdahale yapıldığı takdirde, verilen rıza hukuka aykırılığa engel olamamaktadır ²⁵⁵ .

253 IŞIK, Olcay Çankaya, İnsan Hakları Boyutu ve Tıp Hukuku Açısından : Cenine (Foetus- Nasciturus) İlişkin Bir Manifesto, Tıp Hukuku Dergisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Legal Yayıncılık, Yıl.1, Sayı:1, Nisan 2012, s:192, dn 65; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 728.

254 Yargıtay 4.HD,E:1977/6297,K:1977/12541, T:7.3.1977:Kişiler, kendi vücutları üzerinde, ayrık durumlar hariç, ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler, kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği; muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir. Yargıtay 4.HD,E:1977/6297,K:1977/12541, T:7.3.1977, <http://www.tiphukuku.org.tr/icerik.php?gid=21&cat=18>, Erişim T:11.11.2011.

255 NOMER, s: 112, ÖZSUNAY, s: 92.

Savaş'a göre de, tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren en önemli nedenlerden biri hastanın aydınlatılmış rızası olup, rızanın geçerliliği, hastanın üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi uygulamanın riskleri, komplikasyonları, alternatifleri, olumlu olumsuz yönleri, hayatına etkileri konusunda bilgilendirilmesine bağlı olmakta, hasta ancak sonuçları ve komplikasyonları göze alarak müdahaleye onay verdiği takdirde hekimin sorumluluğu doğmamaktadır. İnsan vücudunun dokunulmazlığı gereği hastanın geçerli rızası olmaksızın yapılacak her türlü müdahale hukuka aykırı sayılmaktadır²⁵⁶.

Çilingiroğlu, rızanın hekim tarafından yapılmış aydınlatmadan sonra açıklanmış olmasını, hukuken geçerliliğinin vazgeçilmez bir koşulu olarak değerlendirmekte²⁵⁷ ve aydınlatmayı da, hekimin hastasına gerçekleştirilmesi planlanan tıbbi müdahalenin türü, biçimi, ivediliği, içeriği, yan etkileri ve risklerinin yanı sıra, müdahale gerçekleştirilmediği takdirde, ortaya çıkması muhtemel olumsuz sonuçları anlatarak onu tıbbi müdahale halinde serbestçe karar verecek düzeyde bilgi sahibi yapması şeklinde açıklamaktadır²⁵⁸.

Çakmut'a göre de, hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak en önemli şartlardan biri hastanın rızası olup, bu rıza da ancak hastanın aydınlatılarak, neye, niçin, ne şekilde rıza gösterdiğini bilmesiyle geçerlilik kazanacaktır. Kendi vücudu üzerinde gerçekleşecek müdahaleye karar verme hakkı kişinin kendisine ait olup, herhangi bir etki ve baskı altında kalmadan onun tarafından kullanılması gerekmektedir²⁵⁹. Gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin rızanın geçerli olması için de kadının, müdahalenin sebebi, önemi, sonuçları ve tehlikeleri üzerinde aydınlatılmış olması gerektiği belirtilmektedir²⁶⁰.

Öğretide bir diğer görüşe göre, tıbbi müdahalenin ve dolayısıyla çalışmamız bağlamında gebeliğin sonlandırılması için hukuka uygunluğu sağlayacak bir rıza açıklamasında gerekli koşullar, hastanın rızasının mutlaka belirli bir tıbbi müdahaleye yönelik olarak açıklanmış olması, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce veya en geç gerçekleştirildiği sırada açıklanmış ve geri alınmamış olması, hasta ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlanmış bir kişi olsa bile, rızasının hukuka ve ahlaka uygun olarak serbestçe açıklanmış olması, rızanın hekim tarafından aydınlatıldıktan sonra açıklanmış

256 SAVAŞ, Halide, 'Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri' , 10-17 Eylül 2011, İstanbul Barosu Yayınları, Nisan 2012, s 269.

257 ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s: 57.

258 ÇİLİNGİROĞLU, s:59.

259 ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s: 224.

260 AYAN, s: 29.

olması ve son olarak da ilgili mevzuatta öngörülen şekillerde açıklanmış olması şeklinde sayılmaktadır. Rızanın mevzuatta öngörülen şekillerde açıklanmış olması durumuna da RTSHYDİT m.13 hükmü örnek gösterilmektedir ²⁶¹.

Buna göre gebe kadının hem gebeliği sonlandırmaya yönelik müdahalenin sonuçları, olası riskleri, tıbbi bir endikasyon ile sonlandırılıyor ise, ayrıca gebeliğin devam etmesi ve/veya doğumun gerçekleşmesi ile ortaya çıkacak sonuçlar konusunda aydınlatıldıktan sonra rızasının açıklanmış olması hem de Tüzük'te öngörülen düzenlemeye uyulmuş olması gerekmektedir. Ayrıca izin belgesinin, Tüzük 13. maddesinde sözü edilen ilgili kişilere, gebeliği sonlandırma işlemi için başvurduklarında imzalatılacağı, eşin ya da vasinin gelmemesi halinde, bunların gebeliğin sonlandırılmasına izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belgenin yeterli sayılacağı ve belgeyi getirenin imzanın sahibine ait olduğunun hukuki sorumluluğunu kabul ettiğine ilişkin bir belgeyi imzalamak zorunda olduğu da hüküm altına alınmıştır.

Tüzükte rıza ve izinlere yönelik düzenlemeler özellikle on haftanın altındaki gebelikler göz önünde tutularak yapılmış olmakla beraber, on haftanın üzerindeki gebeliklerin sonlandırılmasında da farklı şekilde hareket etmeyi gerektirecek bir sebep bulunmamaktadır. Ancak eşin rızasının on haftanın altındaki isteğe bağlı sonlandırmalarda dahi aranması konusunda tartışmalar mevcut iken, on haftanın üzerinde, tıbbi gerekliliklerin varlığında haliyle aranmaması gerekir diye düşünmekteyiz.

RTSHYDİT'e ekli rıza ve izin belgesinde sorumsuzluk yönünde bazı açıklamalar yer aldığı ve ayrıca bu belgenin tıbbi müdahalenin özellikleri, olası risk ve komplikasyonlarına yönelik herhangi bir aydınlatma içermediği görülmektedir. TBK'nun, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmanın kesin olarak hükümsüz olacağı, ayrıca uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmanın kesin olarak hükümsüz olacağını belirten 115. maddesi dikkate alındığında sorumsuzluğa ilişkin bu açıklamaların geçerli olmayacağı görülmektedir. Bize göre Tüzük'e ekli bu izin belgesi bir aydınlatılmış onam yerine geçmemekte ve yapılan müdahaleyi olası komplikasyonlar ve olumsuz sonuçlar açısından hukuka uygun hale getirmemektedir, ancak on haftanın altında

261 DEMİR, s: 237, dn 34.

sadece isteğe bağı bir gebelik sonlandırmasında rızanın varlığını ispat için yeterli olduğunu düşünmekteyiz. Hastanın aydınlatılmamış ya da eksik ve yanlış aydınlatılmış olması nedeniyle sorumluluk söz konusu olacaksa da, hasta en azından haberi yokken ya da açıkça rıza vermemesine rağmen gebeliğinin sonlandırılmış olduğu şeklinde bir iddiada bulunamayacaktır.

Bununla beraber, örneğin on haftanın altında aslında sağlıklı bir gebelikte, fetusun gelişmemiş, canlılığını yitirmiş, ya da herhangi bir nedenden olumsuz etkilenmiş olduğu, ya da anne sağlığı açısından tehlike olduğu ve gebeliğin sonlandırılması gerektiği yönünde konulan hatalı tanımlar ve aydınlatmalar yüzünden kadın, gebeliğinin sonlandırılması yönünde rıza vermişse, rızanın varlığı nedeniyle yapılan hareket görünüşte hukuka uygun olmakla beraber, bu rıza gerçek iradeyi yansıtmamaktadır. Kadının kararına hekimin yanlış tanısı ve aydınlatması yol açtığı için, sözleşme edimlerinin yerine getirilmesinde eksiklik ve hukuka aykırılık söz konusu olmaktadır. Hekimin hatalı tanı koymada kusurunun olup olmadığının belirlenmesi bu bağlamda önem taşımaktadır. Ayrıca tıp uygulamalarındaki iş bölümü gebelik takipleri için de söz konusu olup, hekim bu tanı ve sonlandırma kararına konsültasyon istediği diğer meslektaşlarının bilgisine dayanarak da varmış olabilecektir. Gebe olduğu fark edilmeyerek MRI (magnetik rezonans görüntüleme) ve tomografi çekirilen ve sonradan gebe olduğu anlaşılacak, yüksek doz ışın alması nedeniyle gebeliği sonlandırılan, ancak bu sonlandırmanın gerekli olmadığı da daha sonra ortaya konulan bir olgunun konu olduğu Yargıtay kararı da mevcuttur ²⁶².

262 Yargıtay 13 HD, Esas:2009/7607, K: 2009/ 13668, T:23.11.2009: Davacılar Gülcan, göğüs kafesinin sol kısmındaki rahatsızlık nedeniyle 4.4.2004 tarihinde doktora başvurduğunu, MR çekilmesinin istenmesi üzerine davalı şirketin görüntüleme merkezine gittiğini, çekim sonrasında, davalı Dr.M tarafından düzenlenen 5.4.2004 tarihli raporda karaciğerinde kitle bulunduğunun belirtildiğini, doktoru tarafından ileri tetkik için Ankara'ya sevk edildiğini, burada çekirilen bilgisayarlı tomografi sonucunda karaciğerinde herhangi bir kitle bulunmadığının tespit edildiğini, Şanlıurfa'ya döndüğünde, özel bir tıp merkezinde yaptırdığı test sonucunda yedi haftalık gebe olduğunu öğrendiğini, çocukları olmadığı için, yedi yıldır tedavi gördüğünü, ancak çekilen MR ve tomografi nedeniyle bebeğin sakat doğma ihtimalinin bulunduğu söylenerek mutlaka aldırılması gerektiğinin ifade edildiği, bu nedenle bebeği aldırarak zorunda kaldıklarını, davalı doktorun yanlış rapor düzenlemek suretiyle bütün bu sonuçlara yol açtığını ileri sürerek ,..... Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nun 11.04.2008 tarihli raporunda, 'Davacı Gülcan'ın 22.04.2004 tarihinde üst batın tomografisi çekildiğinde yedi haftalık gebe olduğu, adet gecikmesi şikayetinin bekleneneği, Dr.Ahmet Altay tarafından rapor edilen grafilerin incelenmesinde karaciğerde kitle görünümünün bulunmadığı, kitle olarak tabir edilen görünümün mide- barsak segmentlerine ait görüntülerle uyumlu ve normal sınırlarda olduğu, nitekim 14.04.2004 tarihli batın BT incelemesinde de normal sınırlarda çıktığı, bu cihetle Dr.Altay'ın eyleminde eksiklik bulunduğu, bu eylemin kişiye BT çekilmesine sebep verdiği, ancak kişiye çekilmiş olan batın BT tetkiki ile maruz kaldığı radyasyon miktarının 1.18 m Gy ışın dozu olduğunun tespit edildiği ve bu dozun 5 mGy altında olup tek başına tıbbi gerekçeli abortus endikasyonu oluşturmayacağı ve isteğe bağı rahim tahliyesi uygulandığı' oybirliği ile mütalaa edilmiştir. Bu rapordan da anlaşılacağı üzere, davalı doktorun raporu üzerine başka bir görüntüleme merkezinde çekirilen

2.2- Hekimin Yetkili Olması

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olması için gereken koşullardan biri de bu müdahaleyi gerçekleştiren kimsenin kanunen yetkili olmasıdır. Tıbbi müdahalelerde bulunabilecek kişilerin TŞSTİDK’da sayılmış olduğu ve buna göre yetkisiz kişilerin yapmış olduğu işlemlerin hukuka aykırı olduğu belirtilmektedir ²⁶³. Hekimlik mesleğini icra edebilmek için, Tıp Fakültesi diplomasına sahip olmak, hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel hali bulunmamak, serbest çalışan hekimler yönünden tabip odasına kayıtlı olmak gerekmektedir ²⁶⁴. Tıpta uzmanlık eğitimi ve uzmanlığa hak kazanma koşulları ise 1219 sayılı TŞSTİDK’a dayanılarak hazırlanan ve 26.04.2014 tarih ve 28983 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği’nde yer almaktadır.

Tıbbi müdahalede bulunan kişinin yetkili olmaması durumunda, o işlem hukuka aykırı sayılmaktadır ²⁶⁵. Öğretide, uzmanlık alanı dışına çıkılmaması klasik bir kural olarak özellikle vurgulanmaktadır ²⁶⁶. Çünkü hangi branşta olursa olsun kendi uzmanlık alanı dışındaki bir konuda tanı, takip ve tedaviye girişilmesi o konuda yetkisiz hareket etmek anlamına gelmektedir. *Gökcan*, bu konuda kısıtlamaların çok fazla olmadığını, ancak bazı tıbbi müdahaleler açısından kanunla belli bir uzman tarafından yerine getirilmesi yönünde bir belirleme yapılmışsa, bu durumda mutlaka o uzman tarafından yapılmasının gerektiğini, gebeliğin sonlandırılmasında ise bu yetkinin kanunla da açıkça belirlenmiş olduğunu söylemektedir ²⁶⁷.

İşte böyle bir belirlemenin yer aldığı NPHK’a dayanan RTSHYDİT’e göre, gebeliklerin kural olarak kadın hastalıkları ve doğum uzmanları tarafından sonlandırılmasına izin verilmiş, ancak on haftanın altındaki gebelikler için, Sağlık Bakanlığı tarafından açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek, yeterlik belgesi almış

BT tetkiki ile maruz kalınan radyasyon miktarı, davacı Gülcan’ın salt bu nedenle bebeğini aldırmasını gerektirecek dozda değildir. Öyle olunca, somut olayda isteğe bağlı rahim tahliyesinin uygulandığının kabulü gerekir. Ancak davacı Gülcan ‘ın, davalı doktor tarafından düzenlenen hatalı rapor sonucunda karaciğerde kitle teşhisiyle ileri tetkikler yaptırdığı, daha önceki kanser öyküsü nedeniyle de bir kitle olmadığı anlaşılan kadar üzüntü ve sıkıntı duyduğu da açıktır.....aykırı olup bozma nedenidir. Yargıtay 13 HD, Esas:2009/7607, K: 2009/ 13668, T:23.11.2009, GÖKCAN,s 1291-1292.

263 İPEKYÜZ, s: 23; ÖZPINAR, s: 18.

264 ÖZPINAR, s: 19.

265 ÇAKMUT, s: 26.

266 YAVUZ, Fatih, ‘ Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı’, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s: 104.

267 GÖKCAN, s: 130.

pratisyen hekimlere de, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde, yalnızca menstruel regülasyon yöntemini ²⁶⁸ kullanarak, ve yalnızca resmi tedavi kurumlarında olmak üzere, sınırlı bir yetki verilmiştir ²⁶⁹. Demek ki kurs sonucu yetki belgesi almış hekimler de, on haftanın üzerinde bir gebeliği sonlandırdıklarında, ya da on haftadan küçük gebelikleri belirlenen yer ve yöntem dışında ve kadın doğum uzmanının gözetimi olmaksızın sonlandırdıklarında yapılan müdahale hukuka aykırı olmaktadır. Ancak konumuz özel hukuk sorumluluğuna sınırlanmış olduğundan, kurs sonucu yeterlik belgesi almış hekimler de müdahalelerini yalnızca kamu hastanelerinde yapabileceklerinden, bu nedenle ortaya çıkabilecek sorumluluk idare hukukunun alanına girmektedir. Böyle bir hekimin özel bir kuruluşta gebeliği sonlandırması durumunda eylem en baştan hukuka aykırı olacak ve hekim kasten kusurlu hareket etmiş olacaktır.

2.3- Endikasyonun Varlığı

Bir tıbbi müdahale temelde vücut bütünlüğüne yönelik bir ihlal niteliği taşıdığından, hukuka uygun kabul edilebilmesi için, bir hastalığın tanısını koymak, tedavi etmek, hastalığı önlemek gibi meşru bir amaçla gerçekleştirilmiş olması da gerekmektedir ²⁷⁰. Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan 'tıbbi zorunluluklar ...dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz' ifadesinin yanı sıra, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13.maddesinde ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı başlıklı 12. maddesinde tıbbi endikasyonun gerekliliğine işaret edilmekte, yani bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için bir endikasyon olması gerekmektedir. Tıbbi endikasyonlar sadece tedaviye yönelik değil, tanıya yönelik ve koruyucu önlemler şeklinde de olabilmekte, ayrıca tıbbi endikasyonlar yanında sosyal ve psikolojik endikasyonların da bulunduğu kabul edilmektedir ²⁷¹. İsteğe bağlı gebelik sonlandırmalarında, teşhis ve tedavi amacı olmaması nedeniyle hukuka uygun bir müdahale sebebi olmadığı, ancak 2827 sayılı

268 Menstruel regülasyon yöntemi NPHK m.2'de vakum aspirasyon yönteminin kullanıldığı küçük cerrahi müdahale olarak tanımlanmıştır.

269 Yeterlik belgesi almak için kursa başvurabilmek üzere pratisyen hekim olmak minimum gereklilik olup, herhangi bir uzman hekimin de bu yeterliği almasına bir engel olmadığından, burada pratisyen hekim yerine hekim ifadesinin kullanılması daha yerinde olacaktır.

270 ÖZPINAR, s: 20.

271 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 401, 402, 403.

NPHK 5.maddesinde yer alan düzenleme uyarınca²⁷², tedavi amacı olmadan da bu tür müdahalelere izin verildiği belirtilmektedir²⁷³.

Ayan, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için bir hastalığı önlemeye, ortadan kaldırmaya, iyileşmesini hızlandırmaya, acıları azaltmaya ve sekelleri hafifletmeye yönelik olması gerektiğini ifade etmekte²⁷⁴, *Çakmut* tıbbi müdahalenin kanunen öngörölmüş amaçlarını teşhis, tedavi, hastalığı hafifletmek veya acıyı dindirmek, hastalıktan korunmak ve nüfus planlaması olarak saymaktadır²⁷⁵. Böylece tıbbi zorunluluk ve endikasyonlara dayanarak yapılan gebelik sonlandırmalarında tedavi ve hastalıktan korunmak amacı yatarken, NPHK'da düzenlenmiş olan nüfus planlaması amacının da, isteğe bağlı gebelik sonlandırmalarını hukuka uygun hale getirdiği görölmektedir.

Gökcan da tıbbi endikasyonu, bir tıbbi girişimin tıp verileri açısından gerekli veya zorunlu görülmesi olarak tanımlamakta ve tıbbi yardım ve müdahalede bulunmanın haklı sebebi olarak değerlendirmektedir. Yazara göre endikasyon tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan sebeplerden biri olup, endikasyon bulunmaksızın bir kişiye müdahalede bulunulması haksız fiil teşkil etmektedir²⁷⁶. Yazar gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılmasında tıbbi endikasyon bulunmasa da, bu konuda bulunan yasal düzenlemenin hukuka uygunluğu sağladığını da belirtmektedir²⁷⁷. Yine öğretide bir diğeri görüşe göre, NPHK m.5/1'deki amacın nüfus planlaması olduğundan, 2. ve 3. fıkralarda ise tedavi ve önleme amaçlarının yer aldığından söz edilmektedir²⁷⁸.

On haftaya kadar olan gebelikler, özellikle gebeliğin devamının annenin hayatı veya ruh ve/veya beden sağlığı açısından risk taşıması gibi tıbbi bir nedene dayanarak sonlandırılacağı gibi hiçbir tıbbi endikasyon olmaksızın, NPHK'nun cevaz vermiş olması nedeniyle de, elbette ki kadının rızası olması koşuluyla, sonlandırılabilir. Ancak her ne kadar bir endikasyon aranmıyor ve gebe kadının rızası yeterli oluyorsa da, kadının gebeliğin devamını istediği, ancak hekiminin gebeliğin tıbben sonlandırılması gerektiği yönünde hatalı bir tanıya dayanarak, anneyi yanlış aydınlattığı, yani yanlış bir endikasyon

272 NPHK m.5/1: Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.

273 ÖZPINAR, s: 21.

274 AYAN, s: 9.

275 ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s: 35, 36, 37.

276 GÖKCAN, s: 134.

277 GÖKCAN, s: 135, 136.

278 ÇİLİNGİROĞLU, s:29, 30.

koyduğu, ve kadının bu bilgiye dayanarak rıza vermesiyle gebeliğin sonlandırıldığı durumlarda da sorumluluk ortaya çıkabilecektir.

On haftanın üzerindeki gebeliklerin sonlandırılmasına ise, NPHK ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanarak gerekçelendirmeleri koşuluyla izin vermektedir. NPHK m.5 hükmüne göre süresi on haftayı geçen gebeliklerde, rahim tahliyesi ancak Tüzük'e ekli (2) sayılı listede sayılan hastalıklardan birinin bulunması halinde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından yapılabilecektir. RTSHYDİT'e ekli (2) sayılı listede gebeliğin on haftadan sonra sonlandırılmasına izin verilen, anneye ve fetusa ait nedenler 13 ayrı grup altında sayılmıştır. Bunun dışında derhal müdahale edilmediği takdirde annenin hayatını veya hayati organlarından birini tehdit eden acil hallerde de, durumu saptayan kadın hastalıkları ve doğum uzmanının, gebeliği sonlandırmasına izin verilmektedir. Acil müdahale gerektiren durumlar da yine RTSHYDİT'ün 8.maddesinde açıklanmaktadır. Demek ki on haftanın üzerindeki bir gebeliğin hukuka uygun olarak sonlandırılabilmesi için kanunda ve tüzükte belirtilen bu durumların varlığı aranmaktadır. Ancak bu listede sayılı bir durumun mevcut olmasında, yapılan her sonlandırmanın mutlaka hukuka uygun sayılacağı, bir başka deyişle bu endikasyonların varlığında gebeliğin mutlaka sonlandırılması gerektiği ya da sonlandırılmasına izin verildiği gibi bir sonuca da varılmaması gerekmektedir. Aksi takdirde, örneğin önceden sezaryen geçirmiş olan bir kadının daha sonraki gebeliğinin, ya da çok ağır olmayan herhangi bir sistemik hastalığı olan bir kadının gebeliğinin, herhangi bir süre koşuluna da bağlı kalmaksızın, doğuma kadar istendiği zamanda keyfi şekilde sonlandırılması gibi bir tehlike ortaya çıkabilecektir. Aynı şekilde, doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyetin ne olduğu da tartışmalı bir konu olup, ağır maluliyet oluşturacağı gerekçesiyle yaşamla bağdaşır bir anomalide de gebeliğin gereksiz şekilde sonlandırılabilmesi gündeme gelebilecektir. Buna karşılık, tıbbın günümüzde gösterdiği ilerlemeler dikkate alındığında, tüzüğe ekli listede yer almayan, ancak doğacak çocukta ağır anomaliye yol açabilecek ve haklı olarak gebeliğin sonlandırılmasını gerektiren, pek çok yeni hastalık ve genetik bozukluğun doğum öncesi dönemde tanısının konabildiği ve birebir listeye bağlı kalmaksızın sonlandırılabilmesi gerektiği de düşünülmektedir. Bu endikasyonlar somut olaya göre ele alınıp, tıp biliminin güncel

esaslarına göre gerekçelendirilerek gebeliğin sonlandırılması ya da doğuma bırakılmasına karar verilecektir.

Ancak, anneden ya da fetustan kaynaklanan bir sonlandırma endikasyonunun mevcudiyeti yönünde verilmiş hatalı bir karar da söz konusu olabilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu hatalı kararın verilmesine yol açan değerlendirmenin, hastayı takip eden ve/veya gebeliği sonlandırma kararı alan hekim ya da hekimler dışında kalan kişilerden de kaynaklanma olasılığıdır. Çünkü tıptaki hızlı ilerlemeler branşlar arası işbölümünü de zorunlu kılmaktadır. Hal böyle olunca, örneğin kromozomal anomalilerin ve diğer genetik hastalıkların tanısına yönelik laboratuvar değerlendirmeler²⁷⁹ ya da radyologlar ve perinatologlar tarafından yapılan ileri ultrasonografik değerlendirmeler²⁸⁰, gebeliği takip eden kadın doğum uzmanının önüne güvenmesi gereken raporlar halinde gelmekte ve bunlara dayanılarak kadın bilgilendirilmekte ve sonlandırma kararı verilmektedir. Hekimin bu testlerdeki hatayı ortaya çıkarabilmesi ve sonucun doğruluğunu konfirme etmesi mümkün olmamaktadır. Özellikle fetal anomali tanısında göz önünde tutulan genetik test sonuçlarının hatalı olması yanlış endikasyon konmasına yol açabilmektedir. Burada üzerinde durulması gereken bir husus, genetik incelemeleri yapan kişilerin hukuki konumu olup, hekimin kusursuz sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Şayet haksız fiil hükümlerine dayanılırsa, hekimin sorumlu tutulmaması için, TBK m. 66/2 uyarınca çalışanı seçmede, ona talimat vermede, gözetim ve denetiminde zararın ortaya çıkmaması için gerekli tüm özen ve dikkati gösterdiğini ispat edebilmesi gerekmektedir²⁸¹. Ancak TBK m.116/1 uyarınca borçlu, konumuz bağlamında hekim, borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, yanında çalışan yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa, yani hastaya verdikleri zararı gidermekle yükümlü olmaktadır. Yine aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından

279 SIMPSON, Joe Leigh, *Obstetrik Ve Jinekolojide Genetik Faktörler*, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, Ed.: SCOTT, James R / DiSAIA Philip J, HAMMOND / Charles B, SPELLACY / William N., 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, Çeviri Ed.: EREZ, Selçuk, Yüce Yayınları, Ağustos 1992, s: 291-299.

280 SEEDS, John W, *Ultrasonografik Fetal İnceleme, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri*, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed: QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara 1998, s: 75-83.

281 KARAGÖZ, Havva, 'Genetik Teşhisler Nedeniyle Tazminat Sorumluluğu', *Tıp Hukuku Dergisi*, Cilt: 2, S: 4, Özel Sayı (Genetik Teşhisler ve Hukuki Sorunlar) Ed: HAKERİ, Hakan, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2013, s:223.

verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin bir anlaşma da kesin olarak hükümsüz sayılacağından, hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak bunların serbest çalışan hekimler yönünden söz konusu olup, hekim serbest çalışmayıp, kendisi de özel hastanenin bir çalışanı, yani ifa yardımcısı olduğu takdirde, hastanenin ifa yardımcısı konumundaki diğer sağlık personelinin gerek haksız fiil niteliğindeki eylemleri nedeniyle TBK m.66, gerek borca aykırılık niteliğindeki eylemleri nedeniyle TBK m.116 uyarınca özel hastanenin sorumluluğunun gündeme geleceğini, hekimin ise kendi haksız eylemi nedeniyle sorumluluğuna gidilebileceğini söylemek mümkündür.

Özellikle pranatal tanı yöntemlerini uygulayan kişiler, kural olarak kadın doğum uzmanından talimat almadan çalışan, ve başka branşlardan olmaları nedeniyle de kadın doğum uzmanının bilgisinin denetlemeye de yeterli olmayacağı, diğer uzman hekimler ya da onların yardımcı şahısları olmaktadır. Gebe kadın ile genetik incelemeleri yapanlar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmamış olmakla beraber, TBK m. 506 ve 507 hükümleri uyarınca bu kişilerin sorumluluğuna gidilebileceğini düşünmekteyiz.

Ayrıca hekimin, tamamen başka bir özel sağlık kurumu, hatta bir kamu hastanesinden gelen raporlara dayanarak da böyle bir sonlandırma kararı vermiş ve gebe kadını yönlendirmiş olması olasılığı da her zaman için mevcuttur.

Benzer sorunlar anneden kaynaklanan nedenlere dayanarak gebeliğin sonlandırılması durumunda da, ilgili diğer branş hekimlerinin görüş bildirmesi ve NPHK m.5 hükmü uyarınca gerekçeli raporların düzenlenmesine katılım aşamasında da ortaya çıkabilmektedir.

Endikasyon tartışılırken, göz önünde tutulması gereken bir husus da, gebeliğin sonlandırılması için seçilen yöntemin de doğru yaklaşım olup olmadığıdır. Burada sonlandırma için gereken endikasyonun ötesinde, belli bir haftada belli bir nedenle yapılan sonlandırmada, belli bir yöntem başvurulmasının endike olup olmadığı tartışılmaktadır. Örneğin göreceli olarak küçük bir gebelik haftasında, vaginal yoldan MR ya da vakum aspirasyon gibi basit bir yöntemle sona erdirilebilecek bir gebelik için, hiçbir gereklilik olmadığı halde, ekstraamniotik uygulamalar hatta histerotomi gibi riskli müdahaleler ve cerrahi girişimlerin tercih edilmesi, ya da tam tersine, ancak erkenden başlatılacak

minyatür bir doğum ile güvenli şekilde sona erdirilebilecek ileri hafta bir gebelik için²⁸², vaginal yoldan gebelik ürününün parçalanıp zorla dışarıya alınması da kanaatimizce endikasyonsuz uygulamalar olarak kabul edilecek ve hukuka aykırılık oluşturabilecektir. Burada da belirleme tıbbın kurallarının somut duruma uyarlanmasıyla yapılacaktır. Hekim kural olarak başvuracağı araç ve metodları seçmede serbest olsa da, tercihini yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, genel kabul görmüş yöntemden ayrılırsa, bu tercihini objektif nedenlere dayandırabilmelidir²⁸³.

Yine sorgulanması gereken bir başka endikasyon durumu da, gebeliğin sonlandırılması sırasında ortaya çıkan komplikasyonun yönetimiyle ilgili olarak gündeme gelebilmektedir. Bir gebeliği sonlandırmaya yönelik müdahale, tamamen hukuka uygun koşullarda gerçekleştirilmiş olsa bile, komplike olarak gebe kadının yaralanması, sakat kalması, hatta ölmesiyle sonuçlanan zararlar da ortaya çıkabilmektedir. Örneğin bir kürtaj işlemi sırasında, rahimde meydana gelen delinme yani perforasyonlar, hastanın birkaç saat gözleminden sonra evine gönderilmesini mümkün kılacak kadar küçük ve önemsiz olabildiği gibi, kadını kısa sürede kan kaybından ölüme götürecektir kadar büyük ve tehlikeli de olabilmektedir. Şayet hastada basit bir gözlem sonrası sorun çıkarmadığı ortaya konabilecek, ya da ileri cerrahi gerektirse bile, rahime küçük bir müdahale ile kontrol altına alınabilecek bir olguda, hekim histerektomi yapma yoluna giderse, yani hastanın rahmini alırsa, kürtaj işlemi başından hukuka uygun gerçekleşmiş, hatta gebe kadın rahmini kaybedebilme olasılığı hakkında aydınlatılarak rıza vermiş olsa bile, yapılan ameliyatın tıbbın kurallarına göre endikasyonsuz olması nedeniyle, gebeliğin sonlanmasından değil ama ameliyattan dolayı hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Gebe kadın ile hekim arasında kurulmuş sözleşmenin, meşru amaca yönelmemiş olması da söz konusu olabilmektedir. On haftayı aşmış gebeliğin tıbbi bir zorunluluk olmaksızın sonlandırılmasına NPHK uyarınca izin verilmemekte, ayrıca hem gebeliği sonlandıran hekim hem de buna rıza gösteren kadın TCK m.99/2 bağlamında çocuk düşürtme suçunu işlemiş olmaktadır. Hekim ve gebe kadının anlaşarak tıbbi endikasyon yokluğunda ya da kötü niyetle geniş tutulmuş endikasyonlara dayanarak on haftadan büyük gebeliğin sonlandırılması durumunda, gebe kadının, yapılan işlemin komplike olması nedeniyle ilave bir zarara uğramadığı takdirde, sırf yapılan müdahalenin hukuka aykırı

282 BRENNER / MISHHELL, s: 880, 881.

283 AŞÇIOĞLU, s: 82; YILMAZ, s: 130.

olması nedeniyle tazminat talep etme hakkına sahip olduğunu kabul etmek hatalı olacaktır. Çünkü gebe kadın da, gebeliğinin sonlanmasına bilerek ve rıza göstererek sonucu göze almış bulunmaktadır.

2.4-Tıbbın Kurallarına Uygun ve Özenli Müdahale

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için gerekli koşullardan biri, tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun yapılmış olmasıdır²⁸⁴. Hekim başvuracağı yöntemi serbestçe belirleme hakkına sahip olmakla beraber, tıp biliminin gereklerine uygun hareket etmek zorundadır. Tıbben kabul edilmeyen ya da kanıtlanmamış yöntemlerin uygulanmaması gerekmektedir²⁸⁵.

Başka bir müdahalenin istenmeyen yan etkisi, ya da gebeliği korumak ve sağlıklı şekilde devamını sağlamak üzere yapılması gereken bir müdahale ya da tedavinin yapılmaması neticesi, ihmal suretiyle gebeliğin kaybına neden olunması durumunda da bir hukuka aykırılık ortaya çıkacaktır, zira burada hekimin yükümü, hastanın gebeliğinin sağlıklı şekilde devam etmesi için tıbbın imkanlarının da elverdiği ölçüde, elinden gelen özen ve gayreti göstermektir. Hekimin aldığı tüm önlemlere rağmen gebeliğin kendiliğinden düşüğe ilerlediği durumlarda ise artık hekimi sorumlu tutmamak gerekecektir.

Gebelikler kimi zaman uygulanan prenatal tanı yöntemleri sırasında da istenmeden sonlanabilmektedir. Örneğin fetal anomali açısından yüksek risk grubunda olan gebelerde girişilen amniosentez²⁸⁶, kordosentez²⁸⁷, koryon villus örnekleme²⁸⁸ gibi invazif tanı testlerinde, girişim belli oranda düşük riski taşımaktadır. Her ne kadar bu tür müdahaleler öncesi gebe kadın ve yakınları işlemin diğer riskleriyle beraber, gebeliğin kaybedilmesi olasılığı hakkında bilgilendirilseler de, işlemi gerçekleştiren hekimin dikkatsizlik, tedbirsizlik, yeterli beceri ve deneyime sahip olmaması nedeniyle gebeliğin kaybedilmesini

284 YILMAZ, s 6; ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s :38.

285 YILMAZ, s: 6.

286 QUEENAN, John T, Genetik Amniosentez, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed:QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara 1998, s: 120-123.

287 HOBBS, John C, Fetal Kan Örnekleme, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed:QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara 1998, s: 128-132.

288 GOLDBERG, James D / GOLBUS, Mitchell S, Koryonik Villus Örnekleme, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed:QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara 1998, s: 115-118.

sonuçladığı hallerde de, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin ihlali söz konusu olabilmektedir. Bu uygulamalar sırasında ender de olsa annede de bedensel zarar oluşabilmektedir²⁸⁹.

Gebelik sürecinde, bir gebe kadın da, tüm diğer insanlar gibi, başka organ sistemlerini ilgilendiren, başka nedenlerden kaynaklanan, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlık alanı dışında pek çok hastalığa yakalanabileceğinden, bu hastalığa yönelik tanısal ve terapötik girişimler nedeniyle de gebelik kaybedilebilmektedir. Bu riskin özellikle hastaya müdahale öncesi yapılan aydınlatmalar sırasında ele alınarak vurgulanması gerekmektedir. Hastayı riskler konusunda aydınlatmadan müdahalede bulunmak ve gebeliğin sonlanmasına yol açmak da bir hukuka aykırılık oluşturabilecektir.

C-ZARAR

Hekimin hukuken sorumlu tutulabilmesi için hukuka aykırı bir hareket nedeniyle hastada bir zararın meydana gelmiş olması gerekmektedir²⁹⁰. Hasta herhangi bir zarara uğramamışsa, artık hekimin sorumluluğuna gidilemeyecektir²⁹¹.

Öğretide maddi zarar, genel anlamda, bir kimsenin malvarlığında, o kimsenin iradesi dışında meydana gelen azalma, manevi zarar ise, bir kimsenin acı ve elem duyması olarak ifade edilmektedir²⁹². Yine maddi zarar, malvarlığının zarar verici eylem öncesi ile eylem hiç gerçekleşmemiş olsaydı varmış olacağı düzey arasındaki fark olarak da tarif edilmekte, bunun fiilen azalma veya karın artmaması, yani kazanç kaybı şeklinde olabileceği belirtilmekte, manevi zarar ise hukuka aykırı bir saldırıya maruz kalan kişinin hissettiği acı ve yaşam sevincinin azalması olarak ele alınmaktadır²⁹³.

Kıcalıoğlu, tıbbi müdahalelerde tazminat sorumluluğunun koşullarından biri olan zararı, hukuka aykırı bir eylem sonucu bir kişinin vücut bütünlüğünde ve / veya mal varlığında ortaya çıkan eksilme olarak tarif etmekte ve zarar gerçekleşmedikçe, hukuki

289 KARAGÖZ, s: 223.

290 AYAN, s: 109, 118; İPEKYÜZ, s: 136.

291 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 38; İPEKYÜZ, s: 136.

292 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 38, 40; NOMER, s: 118; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s: 90, 91; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 277.

293 AYAN, s: 109, 110; YILMAZ, s: 76, 78; İPEKYÜZ, s: 136.

sorumluluk ve tazmin yükümlülüğünün söz konusu olmayacağını açıklamaktadır²⁹⁴. Zarar, hem sözleşmeye aykırılık hem haksız fiil nedeniyle ortaya çıkabilmektedir²⁹⁵.

Hatalı tıbbi müdahale nedeniyle hastanın belli bir süre boyunca yapmak zorunda kalacağı teşhis, tedavi, ameliyat, ilaç giderleri, sağlığına kavuşamadığı ve çalışamadığı sürede uğradığı gelir kaybı ve çalışamaması nedeniyle bu yüzden yaptığı tüm harcamaları maddi zarar olarak ele alınmaktadır. Manevi zarar ise, yapılan haksız müdahale nedeniyle duyulan fiziksel ve ruhsal acı, elem, ıstırap olup, tarafların parasal durumu, olayın özellikleri, günün ekonomik koşullarına göre hakim tarafından takdir edilmektedir²⁹⁶. Bir başka görüşe göre de tıbbi müdahalelere bağlı olarak ortaya çıkan zararlar, bedensel zararlar, maddi zararlar ve manevi zararlar olarak üç grupta ele alınmaktadır²⁹⁷.

1-Maddi Zarar

Tıbbi müdahalelerden kaynaklanan maddi zararlar, bir başka hekime teşhis ve tedavi için ödenen masraflar, yeni bir ameliyat ve tedavi için yapılan masraflar, hastane giderleri, ulaşım giderleri, geçici veya sürekli çalışma gücü kaybı sebebiyle uğranılan zararlar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar, ölüm halindeki maddi zararlar, defin ve cenaze masrafları, destekten yoksun kalma nedeniyle hak sahiplerinin uğradığı zararlar olarak belirtilmektedir²⁹⁸.

TBK'nın 53. maddesinde ölüm halinde ortaya çıkan zararlar, cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar olarak yer almaktadır. Bedensel zararlar ise kanunun 54. maddesinde hüküm altına alınmış olup, bunlar da tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak sayılmaktadır.

Bir kadın gebeliğinin hukuka aykırı şekilde sonlanması nedeniyle, herhangi bir bedensel, ya da gebeliğin sonlanmasının getirdiği genel üzüntü ötesinde ruhsal zarara

294 KICALIOĞLU, Mustafa, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s: 427.

295 KICALIOĞLU, s: 220, 427; ŞENOCAK, s: 243.

296 KICALIOĞLU, s: 220, 221.

297 ÖZSUNAY, s: 94.

298 HANCI, Hamit, Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2005, s: 144; YILMAZ, s: 76, 77; ÖZPINAR, s: 91; HATIRNAZ EROL, s: 243, 244; KICALIOĞLU, s: 221; DOĞAN, s: 56.

(örneğin psikotik bir durumun tetiklenmesi gibi) uğramadığı ve bunun tedavisi için masraflar yapmadığı takdirde, maddi zararları, gebeliğin o güne kadar ki takibi için yaptığı harcamalar ve sonlandırma işlemi için yapılan ödemeleri öncelikle kapsayacaktır. Gebelik normal cinsel ilişki sonrası spontan gelişmişse, bu yönde bir harcama yapılmamış olmakla beraber, şayet yardımcı üreme teknikleri ile oluşturulmuş bir gebelikse, yapılan işlemler, kadında yumurtanın veya erkekte spermilerin gelişimini destekleyici basit bir ilaç tedavisinden, ileri mikroenjeksiyon tekniklerine kadar geniş bir yelpazede yer almaktadır. Bu uygulamaların her birinin başlı başına çok büyük maliyetleri olabileceği gibi, gebe kalmayı sağlayıcı tedavilere geçmeden önce yine basit hormon testlerinden detaylı genetik taramalara, hatta laparoskopi, histeroskopi gibi cerrahi işlemlere varan, tanıya yönelik işlemler de söz konusu olmaktadır²⁹⁹. Ayrıca somut gebelik ister kendiliğinden ister yardımcı üreme teknikleriyle gerçekleşmiş olsun, öncesinde gebeliğe engel olan sistemik birtakım hastalıkların varlığında, tedavinin, şayet sonlandırılmış gebeliğin oluşmasına doğrudan katkısı olduğu ortaya konabiliyorsa, bunların tanısı ve tedavisi için yapılmış harcamaların da, talep edilebilecek maddi tazminat kalemleri arasında yer alması mümkündür.

Öğretide doğrudan zarar, hukuka aykırı bir fiile maruz kalan bir kimsenin bu fiil yüzünden kendisinin araya eklenen bir sebep olmadan uğradığı zarar olarak, dolaylı zarar, hukuka aykırı fiilin maruz kalan kimseye doğrudan zararın üzerine eklenen bir başka nedenle ortaya çıkan zarar olarak, yansıma zarar ise, hukuka aykırı fiile maruz kalandan başka bir kişinin bu fiil yüzünden uğradığı zarar olarak tarif edilmektedir. Yansıma zararlardan sorumluluk için, hem fiille uygun nedensellik bağı hem de hukuka aykırılık bağının bulunması gerekmektedir³⁰⁰. Yansıma zarar, öğretilerde bir diğer şekilde, bir ya da birden fazla kişinin, doğrudan zarar gören kişi ile özel bir ilişkisi nedeniyle, aynı zarar verici davranış yüzünden uğradığı, ancak dolaylı biçimde ortaya çıkan zarar olarak nitelendirilmektedir. Yansıma zararlar dolayısıyla genel olarak bir tazminat yükümlülüğünden söz edilmemektedir. Destekten yoksun kalma talebinde olduğu gibi,

299 HUGHES Claude L. / HAMMOND, Charles B, İnfertilite, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, Ed: SCOTT, James R/ DiSAIA Philip J / HAMMOND, Charles B / SPELLACY, William N., 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, Çeviri Ed.: EREZ, Selçuk, Yüce Yayınları, Ağustos 1992, s: 979-1024.

300 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 42, 43.

kanunda açıkça belirtilmediği sürece, kural olarak yansıma zararların tazmini talep edilmemektedir³⁰¹.

Bir gebeliğin sonlandırılmasıyla ilişkili olarak kadının doğrudan ve dolaylı zararlarını talep edilebileceği ortadadır. Ancak eşin uğramış olduğu zararlar söz konusu olduğunda, her ne kadar gebeliklerin sonlanmasında kadının rızasının yeterli olduğunu ve eşin iznini aramaya gerek olmadığını düşünsek de, yine de eşin gebeliğin sonlandırılması için rıza vermiş olup olmadığını, zararların belirlenmesine ilişkin olarak önem taşıdığını düşünmekteyiz. Çünkü çiftlerin bir infertilite sorunları olduğunda, yani gebe kalmakla ilgili bir problem yaşadıklarında, bazen neden erkekten kaynaklanmaktadır. Bu durumda erkek de kadın gibi tanıya ve tedaviye yönelik basit bir spermiyogram ve belki ilaç tedavisinden, cerrahi müdahalelere varan pek çok işleme katlanmak ve bunlar için harcama yapmak zorunda kalmaktadır. Hatta ülkemiz gerçekleri göz önüne alındığında kadının takibine yönelik harcamaların da çoğu zaman eşi tarafından karşılandığı bilinmektedir. Hal böyle olunca, gebelik hukuka aykırı şekilde sonlandığında, erkeğin de birtakım zararlara uğradığını kabul etmek gerekecektir. Her ne kadar erkek, gebeliğin sonlanması dolayısıyla doğrudan haksız fiile uğrayan, ya da hekim ile hasta arasında kurulmuş sözleşmenin tarafı değilse de, gebeliğin devamını istediğinin açıkça bilindiği hallerde, eşin de o gebeliğin sonlanması yüzünden uğramış olduğu zararlar, kadınlıkla birlikte karşılanabilmelidir. Ancak söz konusu gebelik kadının rızası ile sonlanmışsa, erkeğin artık bu zararlardan dolayı hekimin sorumluluğuna gidemeyeceğini düşünmekteyiz. Çünkü yansıma zararların karşılanabilmesi için nedensellik bağının yanı sıra hukuka aykırılık bağının da olması gerektiğinden ve kadının rızası eylemi hukuka uygun hale getirmiş olduğundan artık erkeğin uğradığı yansıma zararların karşılanması bizce olası gözükmemektedir. Kadını gebeliği sonlandırma yönünde karar almaya yönlendiren nedenler de göz önünde tutulmak üzere, erkeğin bu durumda taleplerini, eşine karşı ileri sürebileceğini düşünsek de bu konu tamamıyla çalışmamız dışında kalmaktadır.

Gebelik hukuka uygun şekilde sonlandırılmış olsa bile, diğer tıbbi müdahalelerde olduğu gibi bir komplikasyon ortaya çıkabilecektir. Hemen müdahale gerektirecek akut, ya da geç dönemde ortaya çıkan kronik komplikasyonlarla karşılaşılabilmektedir. Bu istenmeyen durumlar müdahaleyi gerçekleştiren hekimin aldığı birkaç basit önlemlerle

301 Bkz. ÖZEL, Çağlar, Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/288/2623.pdf>, Erişim T: 17.08.2014, s : 84, 93.

kontrol altına alınabileceği gibi, büyük cerrahi müdahaleler, uzun süreli hastane yatışları, yoğun medikal tedaviyi gerektirecek ağırlıkta da olabilir, hatta kadının ölümüne de yol açabilir³⁰². Kadının böyle bir durumda, eski sağlığına kavuşmak için katlanmış olduğu bütün ameliyat, tedavi, ilaç, hastanede kalış, varsa konaklama, ulaşım gibi masrafları maddi tazminata konu olabileceği gibi, çalışan bir kadın olduğu takdirde uğradığı kazanç kaybı, ayrıca kadının hastalığı nedeniyle onun tarafından karşılanan işlerin bir başkasına gördürülmesi nedeniyle yapılan ödemelerin dahi bir tazminat kalemi olarak talep edilebilmesi mümkündür³⁰³. Gebeliğin sonlanmasında ortaya çıkan bir komplikasyon nedeniyle kadında kalıcı bir maluliyetin oluşması nadir bir durum olmakla beraber bu nedenle uğranılan kazanç kaybının da talep edilmesi söz konusu olabilir. Şayet kadının rahmi alınmışsa, bu belirgin bir bedensel maluliyet oluşturmayacak olmakla beraber, bundan sonra çocuk sahibi olamayacağından, manevi tazminat söz konusu olabilecektir.

Çalışma gücünden kişilerin bedensel, ruhsal ve zihinsel yeteneklerine bağlı ekonomik verimliliği anlaşılmaktadır. Çalışılan işin niteliği, yalnızca tazminat kapsamıyla ilgili olup, zararın varlığını kabul etmek için, kadının ev kadını olması ile bir işte çalışması arasında fark görülmemektedir³⁰⁴. Bir yazar, ev kadınlarının iş gücü kayıplarından dolayı tazminat istenebileceği yönünde Yargıtay kararlarından da örnekler vermiştir³⁰⁵.

Çalışma gücünün devamlı olarak kaybı ya azalma, ya da tümünden yitirilmesi şeklinde olmaktadır. Çalışma gücünün belli bir oranda azalmasında zarar, örneğin iş değiştirme

302 BRENNER / MISHELL, s: 880, 881; SCHMİDT-MATTHİESEN/ HEPP, s: 162.

303 ÇELİK, Ahmet Çelik, Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat, s 1,

<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/bedensel-zararlar-nedeniyle-tazminat.htm>, Erişim T: 26.02.2014.

304 AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara, 1993, s:100,101; YILMAZ, s:77; HANCI, s: 145.

305 Ev kadınlarının ev hizmetlerini yapamadığı süredeki iş kayıpları için tazminat isteme hakkı bulunduğu ilişkin karar örnekleri: 15.HD.20.10.1975, 3787-4103 (YKD.1976/6-879) - 19.HD.14.10.1993, 7605-6582 (İBD.2001/3-939) - Yargıtay11.HD. 27.06.1996, 3356-4735 - 19.HD.03.10.1995, 1076-7783 - 4.HD., E:1979/2093, K: 1979/ 7151, T: 29.05.1979 - Sonucu kararda şöyle denilmiştir: “Davalının kusurlu davranışı sonucu zarara uğrayan ve boynundan arızalanan, bu nedenle uzun süre bir serriikal boyunluk kullanmak zorunda kalan iki küçük çocuklu bir ev kadını, bu haliyle, mutad olan bütün ev işlerini tek başına yardımcısız yürütmesinin mümkün olup olmadığı yönünün tesbiti (mevcut rapora rağmen) bu davada büyük önem taşımaktadır. Mahkemenin gerek bu olguyu ve gerekse bu konuda ibraz edilen sarf belgelerini gözönünde bulundurarak, ödetilmesi istenen hizmetçi giderlerinin yapılmasında gerçekten zorunluk bulunup bulunmadığını; zorunluk varsa, bunun süresi ve kapsamının ne olacağını doğrudan araştırması ve gerekirse uzman bilirkişi görüşüne başvurularak belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.” (Yasa HD. 1979/9-1369, no:533) ÇELİK, Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat, dn 3, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/bedensel-zararlar-nedeniyle-tazminat.htm>, Erişim T: 26.02.2014.

gibi bir nedenle ekonomik geleceğin sarsılmış olması, ya da eski işi yapabilmek için daha fazla efor gösterilmesi şeklinde anlaşılmaktadır³⁰⁶.

Uygulamada karşılaşılan durumlardan biri de kadının gebe olduğunu öğrendikten sonra, ya da yardımcı üreme tekniklerine başvuran bir hastanın bu tedavileri aksatmamak için, işini bırakması ya da kendisine daha iyi kariyer ve kazanç sağlayacak fırsatları geri çevirmesi olmaktadır. Oluşan gebeliğin sonlandırılması ya da tıbbi hatalar nedeniyle kaybedilmesi durumunda kadının bu zararlarının tazminini istemesi de mümkündür.

Kanaatimizce, gebeliğin sonlandırılmış olması nedeniyle ortaya çıkan bir zararı belirlerken tıbbi endikasyonun varlığı veya yokluğu da göz önünde tutulmalıdır. Zira burada cezai sorumlulukta olduğu gibi tipik suç tanımına uyan ve dolayısıyla cezalandırılması gereken bir ihlal değil, uğranılan bir zararın giderimi söz konusudur. Dolayısıyla anne açısından hiç risk taşımayan bir gebeliğin hukuka aykırı sonlandırılması ile, yapılan müdahale sayesinde annenin hayatı ve sağlığının mutlak bir tehlikeden kurtarılması arasında, uğranılan zarar açısından bir fark olduğu, hatta uğranılan zarar ile müdahale neticesinde kaçınılmış olan olası zarar karşılaştırıldığında, bazı durumlarda, bunların en azından maddi yönden birbirini dengeleyebileceği, hatta kadının avantajlı konuma bile geçmiş olduğu görülebilecektir. Aynı şey fetal anomaliler yönünden de söylenebilecektir. Sonuçta özürlü bile olsa her gebelik anne için bir değer taşıyabilir, nitekim hukuken de yaşayan özürlü bir bireyin hayatı sağlam bir bireyin hayatından daha az değerli değildir. Bununla beraber, örneğin özürlü ve kazanma gücü sınırlı bir desteğin ölümü ile sağlam, kazanma gücü yerinde, ailesine uzun yıllar iyi ve konforlu bir hayat sunabilecek bir desteğin ölümü arasında, destekten yoksun kalma tazminatı açısından anlamlı farklar olabilmektedir, ya da özürlü doğan çocuklar nedeniyle çok sıklıkla maddi ve manevi tazminat davaları açılmaktadır. Dolayısıyla biri tamamen sağlam, diğeri ağır bir anomali taşıyan iki gebeliğin sonlandırılması açısından zarar bakımından bir ayrımın yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim *Oğuzman ve Öz*, bir haksız fiil mağdura bir taraftan zarar verirken bazı ekonomik yaralar sağlamışsa, bu yaraların tespit edilen zarar miktarından düşüleceğini, bu yararlar düşülmeden tazminata karar verildiği takdirde, mağdurun zararını tazmin ettirdikten sonra başka yararları elinde tutarak zenginleşmiş

306 AŞÇIOĞLU, s: 100; ÇELİK, Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat, s: 3.

olmasının kabul edilmez bir sonuç olduğunu, belirlenen zarar miktarından elde edilen yararların düşülerek yararlar zararın denkleştirilmesi gerektiğini belirtmektedirler³⁰⁷.

2-Manevi Zarar

Maddi zararların yanı sıra, özellikle vücut tamlığının ihlali sonucu şahıs varlığında meydana gelen zararlar da manevi zararlar olarak manevi tazminatın konusunu oluşturmaktadırlar³⁰⁸. Manevi zarar, mağdurun kişiliğine yapılmış bir saldırı sonucu duyduğu fizik ve psişik acılar olarak da tanımlanmakta ve mağdurun huzurunda, isteği dışında meydana gelen bir azalmanın olduğundan söz edilmektedir³⁰⁹. Tazminatın amacı ise acı ve üzüntülerini dindirecek, hiç olmazsa azaltacak bir tatmin sağlamaktır³¹⁰. Özellikle yasal olmayan kürtaj işlemlerinin de kişinin manevi değerlerini ihlal eden olumsuz davranışlar olduğu belirtilmektedir³¹¹.

Aşçıoğlu'na göre, manevi zarar için manevi değere yönelik hukuka aykırı bir saldırının gerçekleşmesi yeterli olup, üzüntünün subjektif olarak ortaya konması gerekmemekte, kişinin iç dünyasında bir üzüntünün mevcut olduğu kabul edilmektedir³¹². Ayrıca yine manevi zararın varlığını kabul için, kişinin sağlığında istenmeyen durumun meydana gelmesi yeterli olup, sürekli veya geçici olması ve geçici durumların süresi önem taşımamakta, bunlar ancak tazminatın belirlenmesinde göz önüne alınmaktadır³¹³.

Manevi tazminat, TBK'nın 56. maddesinde düzenlenmiş olup buna göre, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda olayın özellikleri göz önünde tutularak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verilebilecek, ağır bedensel zarar ve ölüm halinde ise, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar para ödenebilecektir.

307 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 87.

308 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 40; AYAN, s: 110; AŞÇIOĞLU, s: 101; YILMAZ, s: 78; ÖZTÜRKLER, s: 115; DOĞAN, s: 57; İPEKYÜZ, s: 137; KIZILYEL, Serkan, İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s: 219.

309 AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s: 91; ÖZPINAR, s: 95.

310 ÖZTÜRKLER, s: 115.

311 ÖZPINAR, s: 96.

312 AŞÇIOĞLU, s: 102.

313 AŞÇIOĞLU, s: 101.

Manevi tazminatın amacı zarar görenin duyduğu acının hafifletilmesi, ve bir tatmin duygusu yaratılması olduğundan ve maddi tazminatta olduğu gibi hesaplanması imkanı olmadığından³¹⁴, belirlenmesi de hakimin takdirine bırakılmıştır.

D-KUSUR

Tazminat sorumluluğunun söz konusu olması için zarar doğuran eylemi gerçekleştiren kişinin kusurunun bulunması gerekmektedir. Kusur hukuka aykırı bir davranışta bulunan kimse hakkında yürütülen değer yargısı olarak tanımlanmaktadır. Bir kimsenin bilerek ve isteyerek hukuka aykırı davranması yani kast, ve gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek hukuka aykırı bir sonuca yol açması yani ihmal, o kimsenin kınanmasını gerektiren kusurlu eylemler olarak ele alınmaktadır³¹⁵. Öğretide bir diğer görüşe göre kusur, zarar ve ihmale neden olmayacak şekilde davranabilecek yetenek ve durumda olunmasına rağmen, bu şekilde davranılmayarak ortaya çıkan ve hukuk düzeninde kınanabilen bir davranış şeklinde tarif edilmektedir³¹⁶. *Oğuzman* ise kusuru, hukuka aykırı sonucu istemek, yani kast, veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamak, yani ihmal şeklinde tanımlamaktadır³¹⁷. Hukuka aykırı bir eylemden sorumluluğa gidebilmek için kusurun çeşitlerinin önemi olmayıp, en hafif kusur dahi sorumluluk için yeterli olmaktadır³¹⁸.

Kıcalıoğlu'na göre de kusur, yükümlülüğün kasıtlı ya da ihmali davranışla yerine getirilmemesi olup, tıbbi kusur ise, tıp bilimince tanınıp bilinen ve tıbben de kabul edilmiş olan mesleki kuralların, hekim tarafından tıbbi özen yokluğu ya da eksikliği nedeniyle ihlal edilmesi olarak tanımlanmaktadır³¹⁹.

Hukuka aykırı ve kusurlu bir fiil nedeniyle başkasına zarar verenin, bu zararı giderme yükümü nedeniyle, tıbbi müdahalelerdeki kusur da, hekim açısından tazminat sorumluluğunu beraberinde getirmektedir.

314 KIZILYEL, s: 219.

315 NOMER, s: 121; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s: 90; DOĞAN, s: 54; İPEKYÜZ, s: 130,131.

316 GÜNDAY, s: 112.

317 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 53.

318 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 55.

319 KICALIOĞLU, s: 424.

Arada kurulmuş bir borç ilişkisinin varlığında, alacaklının borcun ifa edilmemesi yüzünden uğradığı zararın tazminini talep edebilmesi için, borçlunun, borcun ifa edilmemesinden sorumlu olması gerekmektedir ve TBK m.112'ye bakıldığında da, borçlunun sorumluluğu için borçlunun kusursuzluğunu ispat edememesi aranmaktadır. Dolayısıyla borçlunun kusurunun varlığı karine olarak kabul edilmekte ve sorumluluktan kurtulmak için bunu çürütmesi beklenmektedir. Haksız fiil sorumluluğunun tersine olan bu düzenlemenin nedeninin, borcun ifasının engelleyen durumların borçlu tarafından daha iyi bilinecek olması düşüncesinden kaynaklandığı ileri sürülmektedir³²⁰.

Ayan'a göre de, hekimin hem sözleşmeye bağlı sorumluluğuna, hem haksız fiil sorumluluğuna gidebilmek için davranışının kusurlu olması gerekmekte, kusurun içeriği açısından sözleşmesel sorumlulukla sözleşme dışı sorumluluk arasında fark bulunmamaktadır. Kusurun varlığından söz etmek için hekimin ya kastının olması, yani sonucu bilerek ve isteyerek hareket etmesi, ya da ihmalinin olması, yani hukuka aykırı sonucun meydana gelmemesi için ortalama bir hekimden beklenen özeni göstermemesi gerekmektedir. Sonuçta hekim her kusurlu hareketinden dolayı verdiği zarardan sorumlu tutulmaktadır³²¹.

1-Kast

Kast kusurun en ağır derecesi olup kişi, ortaya çıkacak sonucun bilincindedir ve bu sonucu istemektedir³²². Yine borçlunun, uymakla yükümlü olduğu tipik davranıştan bilinçli olarak ayrılması da kast olarak tanımlanmaktadır³²³. *Özpınar*,hekimin sorumluluğunda kasdi davranışların fazla görülmediğini, sorumluluk oluşturan fiillerin daha çok ihmal sonucu ortaya çıktığını ifade etmektedir³²⁴. Gebeliklerin sonlandırılmasıyla ilişkili olarak hekiminin kasten kusurlu hareketleri, geçerli rıza olmaksızın gebeliğin sonlandırılması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Bununla beraber, hekimin, örneğin kadınla arasındaki iletişimin üçüncü kişiler vasıtasıyla sağlanması ve kadının karşı çıktığını açıkça ortaya koyar hareketlerde bulunmaması gibi, rızanın varlığı

320 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s : 414, 415.

321 AYAN, s: 100, 117.

322 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 55; İPEKYÜZ, s: 132; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s: 90;

ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 282.

323 İPEKYÜZ, s: 132.

324 ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 282

konusunda, kaçınılmaz bir yanılığa düşmesinin de söz konusu olabileceğinin unutulmaması gerekmektedir.

Süresi on haftadan büyük gebeliklerin tıbbi bir endikasyon olmaksızın sonlandırılması da kasten kusurlu hareketlere örnek oluşturmakla beraber, burada da kadının göstermiş olduğu rızanın göz önünde tutulması gerekmektedir. Çünkü yasal olmayan kürtaj gibi hastanın rızasının geçerli kabul edilmediği bir durumda, rıza, hukuka aykırı durumun bir nedeni olduğundan, hastanın kusuru olarak ele alınması ve tazminat belirlenirken indirim nedeni olarak göz önünde tutulması gerekmektedir³²⁵.

On haftanın altındaki gebeliklerde, Sağlık Bakanlığınca düzenlenmiş kurslarda eğitim gören belge almış hekimlerin sınırlı yetkisi ayırık olmak üzere, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olmayan bir hekimin, yasal olarak kendisine tanınmış bir yetki olmadığı halde gebeliği sonlandırması da, gebelik süresinin kaç hafta olduğuna bakılmaksızın kasten gerçekleştirilmiş bir kusurlu hareket olmakta, bunun yanı sıra, bir kadın doğum uzmanının da böyle bir müdahaleyi, birlikte çalıştığı yetkisiz bir hekim ya da ebe, sağlık memuru gibi diğer bir sağlık meslek mensubunun yapmasına göz yumması da aynı şekilde kasten kusurlu hareket oluşturmaktadır. Yüksek Sağlık Şurası'nın, pratisyen hekimce yapılmaması gereken kürtaj sonucu oluşan uterus rüptüründe (rahimde yırtılma) ağır ihmâl tespit ederek hekimi 8/8 kusurlu bulduğu belirtilmektedir³²⁶. Ayrıca kurslarda yeterlik almış hekimlerin yetkisi resmi sağlık kuruluşlarıyla sınırlı, ve dolayısıyla idare hukuku kapsamında olmakta, bu kurumlar dışında yapmış oldukları müdahaleler ise yetki aşımı ve kasten kusurlu hareket oluşturarak sorumluluğu gerekli kılmaktadır.

Kasten kusurlu hareket olarak değerlendirmeye elverişli bir durum da kanaatimizce, RTSHYDİT'ün 6.maddesinde yer alan, on haftayı geçen gebeliklerin resmi yataklı tedavi kurumlarıyla, (ki idarenin sorumluluğuna ilişkin bir konu olup çalışmamızın dışında kalmaktadır), özel hastanelerde sonlandırılacağı hükmüne ve on haftanın altındaki gebeliklerin sonlandırılması sırasında gereken koşullar ve ekipmanı düzenleyen (1) sayılı listenin ve on haftanın üzerindeki gebeliklerin sonlandırılması için gereken koşullar, ekip ve ekipmanı düzenleyen (3) sayılı listenin gereklerine uyulmaksızın gebeliğin

325 HANCI, s 152; Davacı M, çocuğunu aldırarak için davalı doktora gittiği ve böylece çocuğun aldırılması eylemine önceden razı olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle gerçekleşen maddi zarar hakkında BK.44 maddesinin uygulanmaması bozmayı gerektirir. Yargıtay 4.HD, E:1975/1458, K: 1975/3029, T: 10.03.1975; HANCI, s: 152.

326 Bkz ÖZTÜRKLER, s: 145; HANCI, s: 45.

sonlandırılması durumunda ortaya çıkacaktır. Yine hekimin NPHK m. 5' te öngörüldüğü şekilde 'annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olup olmadığını' araştırmadan on haftanın altındaki gebeliği sonlandırması durumunda da kasten kusurlu hareket ettiği düşünülebilecektir. Yazarlar da bu konuya dikkat çekmektedirler³²⁷.

2-İhmal

İhmal, hukuka aykırı sonucun arzu edilmemesine rağmen, bu sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeter derecede kullanmamak, hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemek şeklinde tanımlanmaktadır³²⁸. İhmal de kendi içinde ağır ihmal ve hafif şeklinde ayrılmakta, herkesin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesi ağır ihmal, dikkatli ve tedbirli bir kimseden beklenecek dikkat ve özenin gösterilmemesi ise hafif ihmal olarak nitelendirilmektedir³²⁹. Hekimin hukuki sorumluluğu için mutlaka ağır kusur gerekmeyp, hafif kusurlu olması durumunda da sorumlu tutulabilmektedir³³⁰.

Hukukumuzda hekimlik ya da teşhis ve tedavi sözleşmelerine, ayırık durumlar hariç, vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanmakta, buna göre, hekim, hastanın iyileşmesi sonucunu garanti etmemektedir. Vekil, yani hekim, işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı faaliyetin özenle görülmemesinden sorumlu olmaktadır. Hekimin hayat tecrübeleri ve işin olağan seyrine göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunmalı, sonucu olumsuz etkileyecek davranışlardan kaçınması gerekmektedir. Vekilin özen borcunu belirlemede objektif kriterlere dayanılmakta, benzer işi gören basiretli bir vekilin davranışı esas alınmakta ve bu davranıştan sapıldığında vekil özen borcuna aykırı hareket etmiş olmaktadır³³¹. Bir başka ifadeyle vekil, üstlendiği işi gereken dikkat ve özeni göstererek, vekalet verenin, yani hastanın, kendisine gösterdiği güvene layık olacak şekilde yapmakla yükümlüdür ve ihmal ve dikkatsizlikle vekalet verene vereceği zararlardan sorumlu olmaktadır. Vekil, üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü olup, tıbbi müdahale ile ilgili ve öngörülebilir olumsuzlukları kontrol altına almak ve hastanın

327 AŞÇIOĞLU, s: 58 ; ÇİLİNGİROĞLU, s: 29; YURTCAN, s: 54; ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s: 133.

328 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 56; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s: 90; İPEKYÜZ, s :133; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 282.

329 NOMER, s: 121; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 56.

330 KICALIOĞLU, s: 190.

331 YAVUZ, Cevdet; s : 547

sağlığına kavuşması için, meslek kurallarının gerektirdiği tüm özeni göstermesi gerekmektedir³³².

Yargıtay da vekalet sözleşmesine dayanarak verdiği kararlarında hekimin kusurunun hafifliğini göz önüne almamaktadır³³³.

Hekimin sözleşmesel kusuru irdelenirken objektif sorumluluğun, yani borçlunun aynı şartlar altında bulunan örnek kişilerden beklenen ortalama davranış tipinden sapıp saptığı üzerinde durulmaktadır³³⁴. Hekimin içinde bulunduğu sosyal ve mesleki çevrede bulunan ortalama bir hekimin davranış biçiminden sapıp saptığı değerlendirilmekte, yani kendi kişisel bilgi, yetenek ve becerilerini göstermesi değil, o koşullardaki ortalama bir hekimin göstermesi gereken davranışı göstermesi beklenmektedir³³⁵.

On haftanın altında isteğe bağlı bir sonlandırmada hasta yanlış tanı ve aydınlatma sonucu rıza göstermiş ya da on haftanın üzerindeki bir gebelikte, yanlış bir endikasyon konmuş ise, hekimin bu hatalı tanılarının konmasında ihmali olup olmadığını değerlendirmek gerekmektedir. Burada belli kurallar söz konusu olmayıp somut vakaya göre kusuru tespit etmek mümkün olmaktadır. Uygulamada rastlanmamakla beraber hasta bilerek yanlış bilgilendirilmiş ve rıza vermesi sağlanmış ise hekimin kasten kusurlu hareket ettiği düşünülebilecektir.

Kusur belirlenirken, hekimin çalıştığı bölgenin gelişmişlik düzeyi, çalıştığı yer, yani sağlık kurumunun nitelikleri, elindeki tıbbi imkanların göz önünde tutulması gerekmektedir. Örneğin, en ileri laboratuvar ve görüntüleme imkanları olan bir hastanede çalışan, anneye ve fetusa ait tüm sağlık detaylarını ve gelişmeleri günbegün takip edebilen, her şüphe durumunda konsültasyon isteme imkanları olan bir kadın doğum uzmanı ile, küçük bir yerleşim yerinde sınırlı imkanları olan bir sağlık kuruluşunda çalışan uzmanın

332 AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s: 315, 316.

333 Yargıtay 13.HD.,E:2003/711, K:2003/4255, T:09.04.2003: Taraflar arasındaki ilişki bir vekalet ilişkisidir. Dava, doktorun mesleki kusuruna, diğer ifade ile özen hususuna aykırılık iddiası ile açılmıştır. Vekil (Doktor) işini yaparken bir işçi gibi özen göstermek zorundadır, bu nedenle en hafif kusurundan dahi sorumludur. Doktor hastalığa tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin doğru teşhisi koymalı, önlemleri eksiksiz biçimde ve gecikmeksizin almalı, olayın gerektirdiği uygun tedaviyi gecikmeden belirleyip uygulamalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulamaz. Yargıtay 13.HD.,E:2003/711, K:2003/4255, T:09.04.2003, <http://www.tiphukuku.org.tr/icerik.php?gid=63&cat=18>, Erişim T:11.11.2012.

334 AYAN, s: 100.

335 KICALIOĞLU, s: 190; ZEYTİN, Zafer, 'Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumlulukta Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller', Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, s: 144.

koşullarının farklı olduğunun göz önünde tutulması gerekmektedir. Her ne kadar hekimin, gerektiğinde hastayı ileri merkezlere sevk etme yükümlülüğü olsa da, bunun her zaman imkan dahilinde olmadığı da bilinmektedir. *Şenocak*, bu konuda, her tıbbi standartta aykırı davranışın objektif özen yükümlülüğünün ihlali ve çoğunlukla hekimin kusurlu olmasına anlamına geldiğini, ancak tıbbi standartta aykırı davranışta bulunan hekimin bazen kusurlu olmaya da bileceğini belirtmekte ve hastanın uygun bir hastaneye sevkinin mümkün olmadığı acil durumlarda, gerekli personel, tıbbi araç ve gereçlere sahip olmayan hekimin, normal hal ve şartlar altında tıbbi standartlara sahip olmayan bir müdahalede bulunma zorunluluğunu örnek göstermektedir ³³⁶.

Hekimin ihmali olup olmadığının irdelenmesi gereken başka durumlar da, gebelik hukuka uygun sonlandırıldığı halde bir komplikasyonun ortaya çıkması veya başka bir hastalık için uygulanan tedavinin bir komplikasyonu olarak gebeliğin kaybedilmesi olmaktadır. İlk durumda, gebeliği sonlandırma işlemi sırasında ve sonrasında kadın zarar görmekte, ikinci durumda ise, gebe kadının gebelikle ilgili veya başka bir hastalığına yönelik tanısal bir işlem veya tedavi sırasında istenmeyen bir etki olarak gebelik sonlanabilmektedir. Örneğin fetusta kromozom anomalisi araştırmak için yapılan bir amniosentezi ³³⁷ takiben düşük olmakta, ya da cerrahi bir işlem için uygulanan anestezi düşüğe yol açmaktadır. Bu tür komplikasyon durumlarında kusur irdelenirken, komplikasyon ortaya çıktığında fark edilmiş ve geriye döndürülmesi veya olumsuz etkilerin azaltılması için gereken tedbirlerin alınmış ve tıbbi gayretin gösterilmiş olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

E-NEDENSELLİK BAĞI

Hekimin sözleşmesel sorumluluğu için gereken şartlardan biri de ihlal ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması, yani zararın sözleşmeye aykırı davranış sonucu meydana gelmiş olmasıdır. Sözleşmenin ihlali normal hayat tecrübelerine göre zararı doğurmaya elverişli değilse nedensellik bağı ortadan kalkmaktadır ³³⁸. Aynı durum haksız fiil sorumluluğu için de geçerli olup, zarar ile hukuka aykırı eylem arasında sebep sonuç ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Hukuka aykırı eylem ile zarar arasında uygun

336 ŞENOCAK, s: 245.

337 QUEENAN, s: 120-123.

338 AYAN, s: 111; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 283.

nedensellik bağı yok, ya da araya giren üçüncü kişilerin eylemi gibi başka bir nedenle kesilmişse yine sorumluluk doğmamaktadır³³⁹.

Nedensellik bağı, haksız ve kusurlu eylem sonucu ortaya çıkan zarar ile eylem arasındaki bağlantı, yani sebep-sonuç ilişkisi olup³⁴⁰, tıbbi müdahaleler bağlamında, zararın hekimin ve/veya diğer sağlık meslek mensuplarının hatalı eylemi sonucu ortaya çıkmış olması anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle, tıbbi müdahalelerde, gerek sözleşmesel gerek sözleşme dışı sorumlulukta gerekli şartlardan biri de kusurlu eylem ve zarar arasında uygun nedensellik bağının olması, yani zararın bu ihlal sonucu meydana gelmesi olarak tanımlanmaktadır³⁴¹.

Kıcalıoğlu da, gerçekleşen zararlar, sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep sonuç ilişkisini nedensellik bağı olarak tanımlamakta, hastanın zararına hekimin kusurlu davranışının neden olduğunun belirlenmesi halinde uygun nedensellik bağının kabul edileceğinden, ancak müdahale hastadaki zararın sebebi olarak gösterilemiyorsa, nedenselliğin olmadığından bahsetmektedir. Zarara bir araya gelen birden fazla neden de yol açabilecek, hastada önceden var olan bir bozukluk da durumun kötüleşmesine katkıda bulunabilecektir. Bu durumun hekim tarafından ayrıca öngörülüp görülemeyeceğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak hastanın tedaviyi kabul etmemesi, hekimin önerilerine uymaması gibi durumlarda hastanın müterafik kusuru nedensellik bağını kesecek düzeyde ise, hekimin sorumluluğuna gidilemeyecektir³⁴². Öğretide bir diğer görüşe göre, araya giren mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru veya hastanın kendi kusuru zarara neden olmuşsa, bu durumda nedensellik bağı kesileceğinden hekimin sorumluluğuna gidilmeyecektir³⁴³. Nedensellik bağının varlığını ortaya koymak özellikle tıpta çok kolay olmayıp ispat yönünden önemli sorunlar oluşturmaktadır³⁴⁴.

Gebe olduğu düşünülen bir kadının rahmi kürtaj veya bir diğer invazif müdahale ile tahliye edildiğinde gebeliğin sonlanması ile aradaki nedensellik bağının genellikle araştırmaya gerek olmayacak şekilde ortada olduğu kabul edilmektedir. Oysa kadının gebe olduğu tibben ortaya konmamışsa veya gebe olduğu ortaya konmuş olsa bile gebeliğin yapılan müdahale öncesinde devam etmekte olduğu yani ceninin canlı olduğu kesin olarak

339 AYAN, s: 118, ; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 283.

340 AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s: 91,92.

341 ÖZPINAR, s: 79.

342 KICALIOĞLU, s: 246, 247.

343 DOĞAN, s: 57.

344 AYAN, s: 112.

bilinmiyorsa, gebeliğin sona ermesi ile müdahale arasında nedensellik bağının kurulamayacağını düşünmekteyiz. Demek ki öncelikle gebelik mevcut muydu ve canlı olarak devam etmekte miydi sorularının cevaplanması gerekmektedir. Zira fetus yapılan hareket öncesi canlı yani gebelik devam ediyor idiyse, gebeliğin sonlanmasından dolayı da sorumluluk ortaya çıkacak iken, gebelik önceden bozulmuş ise sorumluluk yalnızca kadının vücut bütünlüğüne yönelmiş müdahale nedeniyle olacaktır.

Gebelik doğrudan rahime yönelik bir müdahale ile değil de gebeliği sonlandırmak kastıyla verilmiş bir farmakolojik ajandan veya kadına başka bir nedenle uygulanan bir tedavinin yan etkisi sonucu da bozulmuş olabilir. Bir ilacın doğrudan fetusun yaşamına son verdiğini ortaya koymak kolay değildir. Gebelik sırasında annenin kullandığı ilaçlar çok çeşitli ve farklı mekanizmalarla etki gösterirler. Bu etkiler ilacın kullanımını takiben kısa süre içinde ortaya çıkan akut, ya da uzun sürede ortaya çıkan kronik değişiklikler şeklinde olabilir. Mutlaka fetusun ölümüne neden olmayıp gelişimsel anomaliler ve hastalıklara da yol açabilecekleri gibi, hiçbir değişiklik yaratmamaları da mümkündür³⁴⁵. Ayrıca fetusun bu farmakolojik ajana maruz kaldığı gebelik haftası ve doz da önemli olup nedensellik bağının ortaya konabilmesi tıbben detaylı değerlendirmelere rağmen mümkün de olmayabilir.

Ülkemizde, yasal yollardan satışı olmamakla birlikte, RU-486 (mifepriston) ve/veya Cytotec (misoprostol) gibi ajanların kullanımını takiben, gebelik bozulmuş ve muhtemelen bunu izleyen bir düşük oluşmuşsa, bunun ilaç uygulamasından kaynaklandığını söylemek mümkündür. Özellikle bazı ülkelerde medikal düşük için de bu yöntemin kullanılıyor olması nedeniyle, gebeliğinin sonlandırıldığını iddia eden davacı için nedensellik bağına yönelik ilk görünüş ispatı olabilecek bir durumdur.

Bir gebeliğin sonlanması için icrai bir hareket şart olmayıp, düşük ya da erken doğum tehditi için gerekli olan önlemlerin alınmaması ve tedavinin yapılmaması şeklinde ihmal suretiyle de gebeliğin sonlanmasına yol açılabilir. Ancak bu tür durumlarda alınan tüm önlemlere rağmen gebeliğin kaybedilmesine engel olunamayabilir, çünkü uygulanan tedavilere organizmanın cevabını etkileyen pek çok başka unsur vardır. Hatta söylenebilir

345 NIEBYL, Jennifer R, Teratoloji, Gebelik ve Emzirmede İlaçlar, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, Ed: SCOTT, James R/ DiSAIA Philip J / HAMMOND, Charles B / SPELLACY, William N., 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, Çeviri Ed.: EREZ, Selçuk, Yüce Yayınları, Ağustos 1992, s 319-338.

ki, gerekenin yapılıp yapılmadığını, yeni kusuru ortaya koymak bu tür olgularda göreceli kolay olmakla beraber, nedensellik bağına kurmak da bir o kadar güçtür.

Yine, gebeliğin sonlandırılmasına yönelik kürtaj ya da bir diğer müdahale sırasında komplikasyon geliştiğinde, bununla, yapılan müdahale arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekmektedir. Akut ya da subakut gelişen hadiselerde, örneğin sağlıklı bir kadında, yapılan müdahaleyi takiben yoğun vaginal ya da batın içi kanama, şok izlenmiş, açıldığında batın içi kanama, rahim ve komşu organlarda yaralanmalar izlenmiş ise, ya da örn. bir iki gün içinde pelvik enfeksiyon gelişmişse nedensellik bağına kurmak zor olmamaktadır. Ancak örn. infertilite (çocuk sahibi olamama), adet düzensizlikleri gibi geç dönem komplikasyonlarda nedensellik bağına ortaya koymak göreceli zor olup her somut olaya göre detaylı bir tıbbi değerlendirmeyi gerektirmektedir.

Nedensellik bağına kesen durumların da göz önünde tutulması gerekmektedir. Hekimin tavsiyelerini yerine getirmek, hekim tarafından belirtildiği şekilde ilaçları almak ve tıbbi tedavinin diğer gereklerini uygulamanın hastanın yükümlülüklerinden olduğu belirtilmektedir³⁴⁶. Gebe kadının, hekimin talimatları ve tavsiyelerini yerine getirmemesi dolayısıyla, zarar ortaya çıkmış ya da artmışsa, bu durumun, nedensellik bağının kesilmesine yol açtığı söylenebilecektir ki, en sıklıkla da gebeliğin düşük riski taşıdığı durumlarda, kadının yapılan önerilere ve düzenlenen tedavilere uymaması nedeniyle gebeliğin kaybedilmesi, ya da gebeliği sonlandırmak için yapılan müdahale sonrası, önerilere uyulmaması ve kontrollere gelinmemesi nedeniyle, zamanında basit bir önlem veya müdahale ile giderilebilecek olayların atlanması ve ciddi boyutlara ilerlemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. TBK m.52/1 hükmünün de bu bağlamda göz önünde tutulması gerekmektedir.

Kadının kendi hareketlerinin yanı sıra, hekim ya da sağlık mesleği mensubu olan ya da olmayan üçüncü kişilerin, ki bunlar arasında özellikle aile ve akraba çevresinden kişilerin de sıklıkla yer alabileceği bilinmektedir, önerileri ve ilkel tedavi yöntemlerinin de nedensellik bağına kesmiş olabileceğini unutmamak gerekir. Ayrıca kadının birden fazla sağlık kuruluşu, birden fazla hekim tarafından izlendiği durumlarda hangisinin ya da hangilerinin eylemiyle zarar arasında nedensellik bağı kurulabileceği, ya da bir eylemin,

346 ÖZSUNAY, s: 90; KICALIOĞLU, s: 247.

diğer bir eylemle olan nedensellik bağını kesip kesmediğinin ortaya konması her somut olaya göre, çok detaylı bir tıbbi değerlendirmeyi gerektirebilecektir.

IV-İSPAT

A-GENEL OLARAK

İspat, yargılamanın temelini oluşturan en önemli faaliyetlerden birisi olup, davacının hak iddialarını ve davalının buna karşı savunmalarını dayandırdıkları vakıalar hakkında mahkemeye kanaat verilmesi ya da bir anlamda hakimi haklı olduğuna inandırma tekniği olarak ifade edilmektedir³⁴⁷. MK 6. maddesi uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür³⁴⁸. HMK 190/1. maddesinde ise ispat yükünün, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olduğu öngörölmüřtür³⁴⁹. Tıbbi müdahaleler nedeniyle açılan tazminat davalarında sözleşmeye aykırılığın, haksız fiile dayanıldığında hukuka aykırılığın, zararın ve uygun nedensellik bağının ispat yükü kural olarak hastaya düřmektedir³⁵⁰

Hekim kural olarak, hastaya karşı belli bir başarıyı, yani sağlığına kavuşturmayı değil, yalnızca tıbbi standartlara uygun olarak teşhis, takip ve tedaviyi borçlanmaktadır. Gereken özen gösterilmesine rağmen, sonucun başarısız olması hekimin hatasının göstergesi olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla sorumluluk sözleşme hükümlerine dayandırıldığında, ispat edilmesi gereken hastanın şifaya kavuşup kavuşmadığı değil, tıbbi müdahalenin hukuka ve tıbbın gereklerine uygun olup olmadığı ve hekimin uyguladığı tıbbi müdahale esnasında gereken özeni gösterip göstermediği olmaktadır³⁵¹. Hukukumuzda hekimlik ya da teşhis ve tedavi sözleşmelerine, ayırık durumlar hariç, genel olarak vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanmakta, buna göre, hekim, hastanın iyileşmesi sonucunu garanti etmemektedir. Ancak vekil, yani hekim, üstlendiği işi gereken dikkat ve özeni göstererek, vekalet verenin, yani hastanın, kendisine gösterdiği güvene layık olacak şekilde yapmakla yükümlü ve özen eksikliği nedeniyle vekalet verene yani hastaya

347 KARAHACIOĞLU, A. H./ PARLAR, A.: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda İspat ve Deliller, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s: 33; şENOCAK, s: 245, 246.

348 GÖKCAN, s: 982, s: 293; şENOCAK, s: 246.

349 KARAHACIOĞLU / PARLAR, s: 28, GÖKCAN, s: 982.

350 şENOCAK, s: 246.

351 şENOCAK, s: 242.

vereceği zararlardan sorumlu olmaktadır. Vekilin özen borcuyla ilgili sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alanda basiretli bir vekilin göstermesi gereken özeni göstermesi davranışta bulunması gerekmektedir³⁵². Dolayısıyla hekim özenli davranışlarıyla, tıbbi müdahale ile ilgili ve öngörülebilir olumsuzlukları kontrol altına almak ve hastanın sağlığına kavuşması için, meslek kurallarının gerektirdiği özeni gösterme borcu altındadır. Hekim, sözleşme ile, bir sonuç borcu değil, özenli iş görme borcu altına girdiğinden, bir tazminat davasında da, ispat edilmesi gereken kusurun yani objektif özen yükümlülüğünün ispatı olmaktadır. Sözleşmeye aykırılığın, ya da haksız fiile dayanan davalarda hukuka aykırılığın ispatı, ana kural çerçevesinde, zarar ve nedensellik bağının ispatı gibi, hastaya düşmekte, bu da objektif özen yükümlülüğünün, yani müdahalenin tıbbın kurallarına aykırılığının ispat edilmesi ile sağlanmakta ve bu kusurun varlığını da ortaya koymaktadır. Dolayısıyla artık hekim, sorumluluktan kurtulmak için gereken tüm objektif özeni yerine getirdiğini, meslek kurallarına aykırılığın kendi özensiz hareketlerinden kaynaklanmadığını ispat yükümlülüğünde olmaktadır³⁵³.

TBK'nun 112. maddesinde 'Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.' hükmü yer almakta ve bu hükümle TMK'nın 6. maddesindeki 'kanunda aksi belirtilmedikçe' ibaresi ile de kanunla düzenlemenin yapılmış olması koşulu yerine geldiğinden ispat yükü el değiştirmiş olmaktadır. Dolayısıyla buna dayanarak artık, hekim ile hasta arasındaki sözleşmeye aykırılık halinde zarar gören hastanın, hekimin kusurunu TBK'nın 112. maddesine göre ispat yükü altında olmadığını söylemek mümkündür. TBK 112. maddesi, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta alacaklıya, irdelediğimiz konu bağlamında hastaya ya da gebe kadına, kusurun ispatı konusunda kolaylık sağlamış, tıbbi müdahalede bulunan hekime kendi kusursuzluğunu ispatlama yükümünü yüklemiřtir³⁵⁴. Ancak davacı haksız fiile dayandığında, hekimin

352 AKINTÜRK / ATEş KARAMAN, s: 315, 316.

353 şENOCAK, s: 242, 246.

354 Yargıtay HGK, E: 1976/ 4- 3596, K: 1978/ 696, T: 28.06.1978:Kaldı ki davalı doktorla müteveffa arasında kurtaj yapılması konusunda, akdi bir bağ doğduğuna göre, BK'nın 96.maddesi hükmü karşısında davalı doktor kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini kanıtlamadıkça yaptığı işten doğan zararı tazmine mecburdur.Dosyadaki deliller davalı doktorun bu ispat yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmasına elverişli nitelikte değildir. Bu nedenlerle, tazminat yönünden gerekli inceleme yapılarak bir karar verilmesi gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan direnme kararı bozulmalıdır. Yargıtay HGK, E: 1976/ 4- 3596, K: 1978/ 696, T: 28.06.1978, YILMAZ, s: 147.

kusurunun varlığını ispat etmek durumunda olmaktadır³⁵⁵ Bununla beraber *Gökcan* hekimlik faaliyetleri ile ilgili olarak kusur karinesinin geçerli olduğunu, haksız fiil durumunda da hekimin kusur karinesini çürütmesi gerektiğini, dolayısıyla ispat yükünün yer değiştirdiğini belirtmektedir³⁵⁶.

Hastanın, tıbbi teşhis, takip ve tedavi süreçlerini tüm yönleri ile kavrayabilmesi mümkün olmadığından, ayrıca yapılan tıbbi müdahaleye ilişkin kayıtlar da genellikle hekim ve sağlık kuruluşunun elinde olduğundan hastanın, hekim ve sağlık kuruluşu karşısında daha güçsüz bir konuma düştüğünün kabul edildiği, bu nedenle arada bir denge oluşturarak hastanın kusura ilişkin ispat zorluklarına kolaylık getirilmeye çalışıldığı da belirtilmektedir³⁵⁷. Yazara göre, taraflar arasındaki bilgi farklılığı, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin yumuşatılmasını ve ispat yükünün paylaşılmasını, davacı hastanın vakıalandırma ödevinin hafifletilmesini sonuçlamıştır³⁵⁸. Hekimin kusurunun ispatının hasta için zor olduğu durumlarda, kusur karinesi kabul edilmekte ve kusursuzluğun kanıtlanması hekime yüklenebilmektedir. Bu noktada hekimin kayıtları düzgün tutması ve saklaması çok önem taşımaktadır³⁵⁹. Zararın varlığını, ise hastanın dolayısıyla gebe kadının ispatlaması gerekmektedir³⁶⁰.

Kural olarak nedensellik bağına da davacı, yani hasta ispatlamakla yükümlüdür³⁶¹. Ancak, kusurun ispatında olduğu gibi, burada da hastadan, karşılaşacağı güçlükler nedeniyle, kesin deliller sunması beklenmemektedir.

Nedensellik bağıyla ilgili, hastaya getirilmiş kolaylıklardan birinin de, ilk görünüş ispatı olduğundan söz edilmektedir. Delil serbestisini öngören HMK 198. maddesi uyarınca da ilk görünüş ispatından yararlanılabilecektir. Alman hukukunda sıkça uygulama alanı bulan ilk görünüş ispatı, kısaca, tipik hayat olayları temel alınarak formüle edilmekte, bir olayın oluş biçiminin belirli bir süreçte ortaya çıkan hayat tecrübelerine göre, o şekilde

355 İPEKYÜZ, s: 126; HATIRNAZ EROL, s: 247.

356 GÖKCAN, s: 990.

357 KESKİNCİ KAPTAN, Derya, ‘Hekimin Sorumluluğu Davalarında Objektif İspat Yükü’, Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitapçığı, Roche Müstahzarları Sanayi AŞ, İstanbul 2009, s: 163.

358 KESKİNCİ KAPTAN, s: 167.

359 SOMER, Pervin, ‘Tıbbi Kayıtlar’, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara Barosu Yayınları, 2011, s: 546.

360 ÖZPINAR, s: 78; GÖKCAN, s: 990; AYAN, s: 110.

361 AYAN, s: 118; AŞÇIOĞLU, s: 139; İPEKYÜZ, s: 126.

gerçekleştiğinin ele alınacağı veya inanılacağı düşüncesine dayanmaktadır ³⁶². Alman Federal Mahkemesi'nin kararlarında ilk görünüş ispatı için, ağır basan ihtimalin ortaya konması gerektiğinden, diğer düşük ihtimallerin, tecrübe kuralları uyarınca, delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesi çerçevesinde hakim tarafından elenmesini gerektiğinden söz edilmektedir. İlk görünüş ispatı ile bir olayın gerçekten olup olmadığına dair ihtimallerin hakimde, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi gereği bir kanaat oluşturması beklenmektedir ³⁶³. İlk görünüş ispatının, hakim kanasının şekillenmesiyle ilişkili olduğu, bundan hakimin delilleri takdirinin anlaşılması gerektiği, kendine özgü bir delil olmayıp, delillerin takdiri esnasında yaşam deneyimlerinin uygulanmasıyla ilişkili olduğu, ayrıca hakim tarafından göz önünde tutulan tecrübe kurallarının gerekçelendirilmesi gerektiği dile getirilmektedir ³⁶⁴. Hekimin tıp kurallarına göre tipik bir zarara yol açan eylemi gerçekleştirdiği hallerde uygulama alanı bulan ilk görünüş ispatında, hastaya düşen kesin ispat yerine emarelere dayalı, kuvvetli bir ihtimali, yani olayların akışına göre böyle bir sonucun ortaya çıkmasının elverişli olduğunu ortaya koymaktır. Bu durumda hekimin sorumluluktan kurtulabilmesi için, somut olaydaki tıbbi müdahalenin hayatın olağan akışının dışında seyretmiş ve meydana gelen zarara öngörülemeyen, olağan dışı nedenlerin sebep olduğunu ispatlaması gerekmektedir ³⁶⁵. İlk görünüş ispatında, ispat yükünün ters çevrilmesi değil, kolaylaştırılmasının söz konusu olduğu da düşünülmektedir ³⁶⁶. Bu konuda ayrıca tıbbi bilirkişinin de yardımı istenecektir ³⁶⁷. Aşçıoğlu, kürtaj nedeniyle yapılan el atma sonrası uterusun (rahmin) yırtılması durumunda ilk görünüş ispatından yararlanılabileceğini ifade etmektedir ³⁶⁸. Öğretide bir görüşe göre, prenatal tanıya dayanarak gebeliklerin sonlandırılması veya devamı ile ilgili kararlarda nedensellik bağıni ortaya koymada ilk görünüş ispatından yararlanılabileceğini dile getirmektedir ³⁶⁹.

İspat için başvurulmuş ve gerçekleşmiş olan vakıaların temsilen yargılamaya

362 Bkz. BAŞÖZEN, Ahmet, Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s: 33.

363 BAŞÖZEN, s: 35.

364 Bkz. BAŞÖZEN, s: 145.

365 AYAN, s: 111; BAŞÖZEN, s: 267, 268.

366 ZEYTİN, s: 149.

367 AYAN, s: 112.

368 AŞÇIOĞLU, s: 139.

369 BÜYÜKAY, Yusuf, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, Vedat Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2006, s: 107, 108.

aktarılmasına, çekişmeli vakıayı yansıtmaya elverişli olan inandırma araçlarına delil denmektedir. Deliller hukuksal bir sorun hakkında, kesin ya da yaklaşık olarak belirsizlikleri ortadan kaldırıp, gerçeğe ulaşılmasını sağlayan hukuksal araçlardır³⁷⁰. 6100 sayılı HMK'da deliller yönünden bir sınırlama yapılmayıp, HMK 198. madde uyarınca serbest delil sistemi benimsenmiştir³⁷¹.

Kanaatimizce, genel anlamda tıbbi müdahale hatalarından, tez konumuz bağlamında gebeliklerin sonlandırılmasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, en önemli delil bilirkişi incelemesi olup, HMK 266-287. maddeleri bilirkişi incelemesini düzenlemektedir.

Hakimin hukuksal bilgisi dışında kalan ve çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda görüş aldığı kişilere bilirkişi denmektedir. Mahkemenin, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceği, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağı belirtilmektedir³⁷². Tıp biliminin de her geçen gün daha da geliştiği ve derinleştiği günümüz dünyasında, hakimlerin sadece hukuki bilgileri ve günlük yaşam tecrübeleriyle, önlerine gelen tıbbi bir uyuşmazlığın dayandığı maddi olguları bütünüyle çözümlenerek gerçeğe ulaşmaları ve sağlıklı bir hüküm verebilmeleri mümkün değildir³⁷³. Gebeliğin sonlandırılmasından kaynaklanan bir tazminat davasında da uyuşmazlığın çözümü özel bilgi gerektirdiğinden, hakimin bilirkişiden görüş sorması gündeme gelecektir.

Ayrıca 6100 sayılı HMK 293. madde hükmü ile uzman görüşü de, yeni bir delil olarak hukuk yargılamamıza girmiştir. Bu maddede tarafların, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilecekleri belirtilmektedir. 6100 sayılı HMK'dan önceki dönemde de, açık yasal dayanağı bulunmamakla beraber taraflar uzman görüşü alarak mahkemeye sunmakta idiler, bu değişiklik ile bu delil türü yasal bir düzenlemeye bağlanmıştır. Dosyaya sunulmuş olan uzman görüşü mahkeme tarafından serbestçe değerlendirilip takdir edilmekte, ancak hakim bilirkişi ve diğer takdiri delillerde olduğu gibi, bu görüşle de bağlı olmayıp, ayrıca bilirkişiye başvurabilmektedir³⁷⁴. Böylelikle

370 ERCAN, Avukatlar ve Hakimler İçin Medeni Usul Hukuku (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Yasasına Göre), XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2011, s: 343.

371 KARAHACIOĞLU / PARLAR, s: 29.

372 ERCAN, s: 384.

373 DERYAL, Yahya, Türk Hukukunda Bilirkişilik, Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, Ankara 2004, s.17; KARAHACIOĞLU/ PARLAR, s: 452.

374 KARAHACIOĞLU / PARLAR, s: 609.

uzman ve teknik konularda tarafların uzman görüşünden yararlanmaları ve iddia ve savunmalarını bu görüşlerle desteklemeleri mümkün olmaktadır³⁷⁵. Gerek mahkeme tarafından atanmış bilirkişi, gerek tarafların isteği üzerine görüş bildirmiş bir uzman olsun, dosyadaki çeşitli delillere dayanarak bir kanaat oluşturup, raporunu düzenleyecektir.

Sunulmuş olan deliller ve bunların hangilerine itibar edileceği uyuşmazlık konusu somut olaya göre elbette ki değişkenlik gösterecektir. Ancak çalışma konumuz bağlamında ispat fonksiyonu olan ve göz önünde tutulabilecek bilgi ve belgelere örnek olarak, gebeliği sonlandırılmış olan kadının kimlik bilgileri, yakınması, öyküsü, özgeçmişi, soy geçmişi, kadının son adet tarihi, önceki gebeliklerinin sayısı ve bunlara ilişkin özellikler, yaptığı doğum sayıları, vaginal doğum veya sezaryen şeklinde mi gerçekleştiği, olası risk faktörleri gibi hekim tarafından ilk tutulacak anamnez kayıtları, hastanın jinekolojik ve obstetrik muayenesi, bir yakınma ve hastalık öyküsü mevcutsa diğer sistemlerin muayenesi, gebeliğin varlığını, haftasını, fetusun canlı olup olmadığını ve sağlık durumunu ortaya koymak üzere ultrasonografik incelemelerin görüntü ve varsa raporları, beta-hcg test sonuçları, hastada önceden düşük öyküsü mevcutsa bunlarla ilgili patoloji sonuçları, genetik tarama ve tanı testlerinin sonuçları, detaylı ultrasonografi sonuçları, gebeliğin neden sonlandırıldığına ilişkin notlar ve on haftanın üzerindeyse kadın doğum uzmanı ve ilgili diğer hekimin hazırladığı gerekçeli raporlar, müdahale öncesi laboratuvar testleri, müdahale anestezi altında planlanmışsa anestezi değerlendirmesi, uygulanan anestezi prosedürü ve seyri, gerekli diğer laboratuvar testleri, varsa olağan dışı durumlar ve standart yöntemden sapmalar, gebeliğin sonlanmasıyla vücuttan kendiliğinden çıkan ya da çıkarılan dokunun makroskopik özellikleri ve histopatolojik teşhisine yönelik patoloji raporları, müdahale sırasında bir komplikasyon gelişmiş ise, bununla ilgili açıklamalar, uygulanan takip ve tedaviler, ameliyat gerekmişse yapılan cerrahi işlemler, ameliyat notu, ameliyat sonrası takipler, iyileşme süreci, diğer branşlardan görüşün sorulduğu konsültasyon formları ve bunlara cevap olarak yazılan raporlar, taburcu raporu ve taburcu edildiği sıradaki durumu, taburcu sırasında yapılan öneriler, epikrizler, düzenlenen ilaç tedavilerinin yer aldığı reçeteler gösterilebilecektir³⁷⁶. Yapılan müdahale sonrasında

375 ERCAN, s: 390.

376 SOMER, Pervin, Tıbbi Kayıtlar, s 538 ; HAKERİ, Hakan, Hekimin Yükümlülükleri, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi, II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s 73; ÖZBABALIK, Demet Belgin, Tıbbi Dokümanların Temel Özellikleri, Tıbbi Dokümantasyon, TC Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2495, Açık Öğretim Fakültesi Yayını No:1466, s: 13; HOBEL, Calvin J,

kadına ayrıca düzenlenen tedaviler, yapılan öneriler, planlanan kontroller ve bunlarla ilgili tutulmuş notlar, kadının bunlara uyup uymadığını değerlendirmek açısından önemlidir.

Bu belgelerin ispat açısından öneminin yanı sıra, dokümantasyon yükümlülüğünün sözleşmeden kaynaklanan bir yan edim yükümü olduğu, ihlal edilmesi halinde dava edilebileceği, ayrıca kayıtların tutulmaması nedeniyle uğranılan zararların da tazminata konu edilebileceği belirtilmektedir³⁷⁷. Ancak, hekimin sorumluluk korkusuyla, tanı ve tedaviye yönelik her eylemini belge ve tanıklarla kayıt altına almak zorunda kalması, mesleğinin gereklerini verimli şekilde yerine getirmesini imkansız kılabilecek ve hastanın aleyhine sonuçlanacaktır. Bu nedenle ispat kuralları hekimi defansif yaklaşıma itecek şekilde yorumlanmayıp, her somut olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerekmektedir³⁷⁸.

Bu belgelere ilaveten düzenlenmiş sağlık kurulu raporları, idari soruşturma yapılmışsa buna ilişkin belgeler, ilgili yerlere şikâyette bulunulmuşsa, alınan yanıtlar, ceza takibi yapılmışsa veya yapılmakta ise, buna ilişkin belge ve bilgiler³⁷⁹, mevcutsa fetusa ve ayrıca anne de ölmüşse onlara ait tutanaklar ve otopsi raporlarından³⁸⁰ yararlanılacaktır. Tıbbi müdahalelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, sunulması önem taşıyan belgelerden bir diğeri bilimsel literatür örnekleri olup, hekimin objektif sorumluluğu belirlenirken, genel kabul görmüş tıbbi prensiplerin neler olduğunun bilinmesinde önem taşımaktadır. Doğrudan hakim tarafından değerlendirilmeler de, bilirkişiler için kaynak oluşturmaktadırlar.

Gebeliğin sonlandırılmasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda ispat pek çok yönüyle, özellikle müdahaleye bağlı olarak kadında ortaya çıkan yaralanma, sakat kalma, ölüm hallerinde, diğer tıbbi müdahalelerden belirgin farklılık göstermese de, gebeliğin, özellikle hastalık ve travmalar gibi beklenmedik şekilde ortaya çıkan değil, çoğu zaman planlanan, takibi ve hatta gerçekleşmesi için hazırlıklar ve masraflar yapılan bir durum, dolayısıyla devamının engellenmiş olmasının da başlı başına bir zarar olması nedeniyle, gebeliğin

Rutin Antenatal Laboratuar Testleri, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed: QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara 1998, s: 51-57.

377 ZEYTİN, s:142.

378 ZEYTİN, s: 149.

379 ÇELİK, Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/bedensel-zararlar-nedeniyle-tazminat.htm>, Erişim T: 26.02.2014.

380 SOYSAL/ EKE, s: 1146, 1147; SOYSAL, Zeki/ EKE, Murat/ ÇAĞDIR, Sadi, Gebelik, Doğum ve Lohusalıkta Anne Ölümleri, Adli Tıp Cilt II, Ed: SOYSAL / ÇAKALIR, İstanbul Üniversitesi, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1999, s: 1118,1119,1120.

varlığına ve sonlandırılmış olduğuna yönelik ispat ayrıca önem taşımaktadır. Müdahale öncesinde fetusun canlı olup olmadığının bilinmesi önemlidir, zira fetusun canlılığı müdahale öncesi sona ermiş ise, hekimin sorumluluğu, gebeliğin sonlanmasından değil, yalnızca annenin vücut bütünlüğüne yönelmiş müdahaleden dolayı olacaktır. Benzer durum cezai sorumluluk açısından da söz konusu olup, fetus müdahale öncesi ölmüş ise, çocuk düşürtme suçu oluşmamakta, koşulları varsa anneye karşı yaralama suçu oluşmaktadır. Yine hukukumuzda bu konuya yönelik özel düzenleme şeklinde NPHK ve ona bağlı RTSHYDİT mevcut olup, gebeliğin süresi, ilgilinin rızası ve sonlandırma endikasyonları bu düzenlemelerde de özel olarak hüküm altına alınmıştır. Bu düşüncelerden hareketle gebeliğin varlığının, süresinin, fetusun müdahale öncesi canlı olup olmadığının ve gebeliğin müdahale ile sonlandırılmış olduğunun, gebe kadının rızasının, sonlandırma endikasyonunun ve uğranılan zararların ispatına eğilmekte fayda bulunmaktadır.

B- GEBELİĞİN VARLIĞININ, SÜRESİNİN, SONLANDIRMA ÖNCESİ FETUSUN CANLI OLDUĞUNUN, GEBELİĞİN SONLANDIRILMIŞ OLDUĞUNUN İSPATI

Tazminat sebebi ve kalemleri her ne olursa olsun, olay gebeliğin sonlandırılmasından kaynaklandığına göre öncelikle gebeliğin varlığının ortaya konması gerekmektedir. Davacının gebeliğin varlığı, süresi, sonlandırılmış olduğu, sonlandırma zamanı ve şekli ve benzeri iddiaları davalı tarafından kabul edilmişse zaten bu konuda çekişme ve dolayısıyla ispata da gerek olmamaktadır. Ancak durumun çekişmeli olması halinde, bir gebeliğin varlığının ve süresinin ispatı eğer objektif tıbbi bulgular yoksa, hatta bazen tıbbi bulguların varlığında bile mümkün olmamaktadır.

Kadınların adet rötarı ve gebelik lehine yorumladıkları subjektif belirtiler tıbben doğrulanmadığı sürece çok anlam taşımamaktadır. Yine tam tersi, hiçbir subjektif belirtisi olmayan ve gebe olduğundan hiç şüphelenmeyen bir kadının erken ya da ilerlemiş bir gebeliği de söz konusu olabilmektedir. Gebe olduğunun farkında olmayan kadının gebeliğinin sonlandırılmış olduğunun da farkına varmaması mümkündür.

Kadın hastalıkları ve doğum uygulamasında gebeliğin süresi ve büyüklüğü, ay değil hafta olarak hesaplanmakta ve bu hesaplamının başlangıcı son adet tarihinin ilk günü

olarak alınmaktadır. Korunmasız bir cinsel ilişki veya yardımcı üreme teknikleri kapsamında yapılan aşılama ve embriyo transferlerinde henüz bir adet rötarı olmadan da kanda insan koryonik gonadotropin hormonunun beta zincirinin (beta-hcg) saptanmasıyla gebeliğin tanısını koymak ve bu hormonun kan düzeylerine bakarak da gebeliğin süresi ile ilgili bir tahminde bulunmak mümkündür. Beta-hcg hormonu implantasyon, yani döllenmiş yumurtanın rahim iç tabakasına yerleşmesini takiben salgılanmaya başladığından ve bu süreç de döllenmeye yol açan cinsel ilişkiden yaklaşık 6-7 gün sonra gerçekleştiğinden ³⁸¹, beta- hcg ile gebeliğin saptandığı en erken dönemde bile, tıbben yaklaşık 3 haftalık bir gebeliğin varlığı söz konusu olmaktadır. Bu aşamada gebelik henüz ultrasonografik olarak saptanamamakta, en erken dördüncü hafta civarı, kanda beta-hcg düzeyleri yaklaşık 1000-1500 mIU/ml'ye ulaştınca transvaginal ultrasonografide rahim içinde görünür hale gelmekte, dolayısıyla normal rahim içi gebelik olarak değerlendirilebilmektedir. Embriyonun varlığı ise ancak 6. hafta, kalp hareketlerinin ortaya çıkışı ise 6-7 hafta arası belli olduğundan ³⁸², gebelik haftası doğrulanmış bir kadında bu bulguların zamanında saptanmaması da gebeliğin gelişmeyecek ya da bozulmuş olduğuna işaret eder ki, ki bu durumda rahimin tahliye edilmesi artık ceninin hayatına son verici bir müdahale olma niteliği taşımamaktadır.

Kadın korunmasız cinsel ilişki nedeniyle önceden şüphelenip herhangi bir tahlil yaptırmamış ise, beklenen adet gecikmesi nedeniyle yapılan kontrollerde gebelik saptandığında yaklaşık olarak dört hafta ya da aşmış bulunmaktadır. Yalnızca ultrason ölçümleri değil, gebelikteki tüm ölçümler, hesaplamalar, tetkiklerin planlanması bu hesaplama göre yapılmaktadır. Bu bağlamda problem yaratabilecek husus, bu tıbbi hesaplama yönteminden habersiz kadınların cinsel ilişkiye girerek devamında gebe kaldıkları tarihi gebeliğin başlangıcı olarak hesaplamalarıdır. Bu durumda hekimlerce hesaplanan ile gebelerin kendi hesapladıkları tarihler arasında yaklaşık iki hafta kadar fark olmaktadır. Ayrıca gebelik ilerledikçe de ay ve hafta hesaplamaları arasındaki fark artmakta, bu detay gözden kaçarsa, hekim ile gebe kadın arasında ciddi yanlış anlamalar ortaya çıkmaktadır.

381 SCHMIDT- MATTHIESEN / HEPP, s 134; FLOOD, Jill T/ HODGEN, Gary D, Fertilizasyon, İmplantasyon ve İnsan Gelişiminin Erken Dönem Fizyolojisi, Danfoth's Obstetrik ve Jinekoloji, SCOTT, James R, Di SAIA Philip J, HAMMOND, Charles B, SPELLACY, William N., 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, Çeviri Editörü: EREZ, Selçuk, Yüce Yayınları, Ağustos 1992, s: 97.

382 KOCHENOUR, s: 155.

Gebeliğin başlangıcına ilişkin farklı hesaplama yöntemi, özellikle, gebeliğin isteğe bağlı olarak sonlandırılabilirdiği yasal süre olan on haftanın belirlenmesinde sorun oluşturmakta, kendi tahminine göre sekiz ya da dokuz hafta olan bir gebelik hekim tarafından on haftayı aşmış olarak hesaplanabilmekte ve devam etmek zorunda kalmakta, ya da en azından yasal yoldan sonlandırılmamakta, veya kendisi ayrıca gebelik haftasını ultrasonografi ile kontrol etmemiş olan bir hekim, hastanın ifadesi ve pozitif sonuçlanmış bir gebelik testine dayanarak yasal sürenin içinde sandığı büyük bir gebeliği sonlandırabilmektedir. Bununla beraber tedbirli bir kadın doğum uzmanı, gebe kadının verdiği anamneze güvenmemeli, özellikle adet düzensizlikleri olan kadınlarda son adet tarihiyle gerçek gebelik süresi arasında da uyumsuzluk olabileceğini de göz önünde tutarak ultrason ile haftayı teyid etmeden gebeliği sonlandırmamalıdır.

Gebeliğin varlığı ve süresine ilişkin bilgiler veya yokluğuna ilişkin bilgilerin kaydının hekim tarafından tutulmuş olması gerekmektedir. Hekimin veya sağlık kuruluşunun, özellikle yasadışı gebelik sonlandırmalarını iş edindiği ve kayıtların da bilerek tutulmadığı ayırık durumlar dışında, kadının başvurma şekli genel anlamda bir jinekolojik veya obstetrik muayene talebiyle olmakta ve ister yazılı ister digital ortamda olsun bu başvurunun kaydı ve bilgileri düşülmektedir.

Ultrasonografik olarak gebeliğin haftası 12. haftaya kadar CRL (fetusta baş popo mesafesi) ölçümü ile, daha sonraki haftalarda, kafanın en geniş transvers çapı (BPD), kafa çevresi (HC), karın çevresi (AC), uyluk kemiği (FL) ölçümleri ile saptanmaktadır. Bir ölçüm ne kadar erken haftada yapılırsa o kadar güvenilir kabul edilmektedir. Ultrasonografi, gebeliğin takibi sırasında en değerli yöntemlerden biri olup, gebelik haftasının yanı sıra, embriyo ve fetusların sayısı, fetusun kalp hareketlerinin mevcut olup olmadığı, gelişme gerilikleri, fetusta yapısal kusurlar, anomaliler hakkında bilgi vermektedir ³⁸³. Ultrason görüntülemelerinin ispat açısından büyük önemi bulunmaktadır ³⁸⁴. Gebe kadın aynı veya farklı hekim ve /veya sağlık kuruluşunda bir kereden fazla

383 REED, Kathryn L, Obstetrikte Ultrason, Danfoth's Obstetrik ve Jinekoloji, SCOTT, James R/ DiSAIA Philip J/ HAMMOND, Charles B/ SPELLACY/ William N., 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, Çeviri Editörü: EREZ, Selçuk, Yüce Yayınları, Ağustos 1992, s 343-366.

384 Yargıtay, 13 HD, E: 2003/ 6060, K: 2003/ 10174, T: 16.09.2003: Şöyle ki davacının tabip odasına şikayeti üzerine aldırılan bilirkişi incelemesinde, hastaya ait olduğu bildirilen ultrasonografik fotoğrafta, iç gebelik gözüktüğü ve bunun tahliye edildiği, tahliye sonucu elde edilen materyalin histopatolojik tetkike gönderilmediği zira dış gebelik şüphesi yokken bu uygulamanın mutad olmadığını ancak böyle bir histopatolojik inceleme yapılamamışsa hastada geçmişe yönelik heterotipik gebelik tanısı konulamayacağını zaten bu tip gebeliğin teşhisinin de çok zor olduğunu, tahliyeden on gün sonraki kontrolde B-HCG kan testi

muayene olmuş ve özellikle objektif değerlendirmeyi mümkün kılan ultrason bilgileri de mevcut ise, bunlar kıyaslanarak doğru ya da doğruya yakın belirlemeye ulaşılmaktadır. Ayrıca günümüzde ulusal gebe, bebek, lohusa izleme sistemi ile bu bilgiler toplanmakta, bilgilere ulaşmak ve kıyaslamak imkanı bulunmaktadır.

Ancak hekimin gebe kadın ile anlaşarak on haftanın üstünde ve sonlandırma endikasyonu bulunmayan bir gebeliği, gerçeğe aykırı bir gerekçe ile, hatta ölü bebek diye rapor ederek sonlandırması durumunda, elde tutulmuş başka da kayıt yoksa gerçeğe ulaşmak mümkün olmamaktadır. Yasadışı çalışan ve back alley abortion tabir edilen merdiven altı düşüklerde hiçbir kaydın tutulmamış olması muhtemelse de, bu tür durumlar genellikle yetkisi olmayan kişiler tarafından gerçekleştirilmektedir. Hekim ile gebe kadın arasında kurulmuş yasal ya da yasadışı ilişkiyi ispat külfetinin de kural olarak davacıya ait olduğu kabul edilmektedir.

Gebelik sonlandıktan sonra bir kadının vücudundaki bulgular, şüphe edilen girişim ile klinik muayene arasında geçen süre, sonlanmış gebeliğin büyüklüğü, kullanılan yöntem ve gebeliği sonlandıran kimsenin becerisine bağlı olarak değişmektedir. Zira gebelik süresi ne kadar küçük ve sonlandırma işlemi üzerinden geçen süre ne kadar uzun ise bulgular o kadar silikleşmektedir³⁸⁵. Gebeliğin ilk trimesterindeki sonlandırmalarda bulgular, üzerine eklenmiş bir komplikasyon da yoksa, birkaç gün içinde kaybolacak kadar belirsiz olabilecek iken, daha ileri sonlandırmalarda daha belirgin bulgularla karşılaşılabilir. Özellikle uterus (rahim) daha fazla büyümüş, kanama daha belirgin, normale dönüş daha yavaş olmaktadır, ayrıca kullanılan yöntemle bağlı olarak bazı travmatik izlere de rastlanabilmektedir³⁸⁶. Gebeliğin bir hekim tarafından sonlandırılmış olduğu iddiası var, ancak kadının vücudundaki bulgular tıbbi olmayan yöntemlerle sonlandırılmış olduğu yönünde düşünüyorlarsa, gebeliğin aslında başka bir şekilde sonlandırılmış ve ama

ile iç ve dış gebelik hakkında bilgi verici sonuç alınacağını, eğer varsa heterotipik gebeliğin bir doktorun hayatında bir iki kez karşılaşılabilecek kadar nadir rastlanan bir vaka olduğunu bildirmiştir. Adli Tıp Raporuna dayanarak teşkil eder CTF öğretim üyesi Prof.KA'ya ait raporda, hastaya ait ultrason fotoğrafındaki iç gebelik bulunduğunu, bunun tahliyesi sonucu elde edilen materyalin histopatolojik olarak incelenmesinin mutad olmayıp dış gebelik ya da molar gebelik şüphesi halinde mümkün olduğu, hastada muhtemelen heterotipik gebelik bulunduğunu, bunun nadir rastlanan sıklığı 1/ 3889-1/6778 oranında olduğu, %50'sinde tanının iç kanama nedeniyle yapılan ameliyat nedeniyle batin içine girildiğinde anlaşılabilirliği, belirti vermeden gelişebileceği bu yüzden ilk başta teşhis edilememesinin meslek kusuru, ihmlî sayılamayacağı vurgulanmıştır.....Yargıtay, 13 HD, E: 2003/ 6060, K: 2003/ 10174, T: 16.09.2003, YILMAZ, s: 111.

385 SOYSAL, Zeki / EKE, Murat, Fetus Hakları, Adli Tıp Cilt III, Ed: SOYSAL, ÇAKALIR, İstanbul Üniversitesi, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul, s 1999, s: 1133.

386 SOYSAL, Zeki / EKE, Murat, Çocuk Düşürme, Adli Tıp Cilt III, Ed: SOYSAL / ÇAKALIR, İstanbul Üniversitesi, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1999, s: 1133.

eylemin hekime isnat edildiğini akla getirmelidir. Bu bulgular genellikle genital bölgede yaralar, genital sistemde yabancı cisim, sepsis bulguları, karında zorlama bulguları, toksik ilaç etkileri, fetusun bedeninde yaralanma izleri şeklinde ortaya çıkmaktadır³⁸⁷. Bununla beraber kendiliğinden düşükle sonlanmış bir olgudan da hekimin sorumlu tutulmaya çalışılması söz konusu olabilmektedir. Kendiliğinden düşüklerde genelde herhangi bir travma izine rastlanmamaktadır.

Rahim içinde kalmış veya vücut dışına çıkmış gebelik materyali üzerindeki incelemeler de yol gösterici olabilmektedir. Özellikle küçük gebeliklerde bunların saptanması zor olup detaylı histolojik inceleme gerektirmektedir. Ancak fetusun şeklen anlaşılabilir olduğu ileri hafta gebeliklerinde gebeliğin varlığı ve sonlanma şekli hakkında ispat oluşturmaktadır. Bununla beraber, nadir de olsa, bu materyalin gerçekten davacı kadının vücudundan köken almış olup olmadığının ispatı da önem taşımaktadır³⁸⁸.

Beta- hcg hormonunun gebelik sonlandıktan sonra kanda saptanabilir düzeyleri de yakın zamanda bir gebeliğin mevcudiyeti yönünde ispat oluşturabilmektedir.

Gebeliği sonlandırmaya yönelik müdahale nedeniyle annenin zarar görmesi ve ölmesi iddialarında ise, kusurun ve nedensellik bağının ispatı genel olarak bir hastada yaralanma, sakat kalma ve ölüme yol açan diğer tıbbi müdahalelerden genel olarak belirgin farklılıklar göstermemektedir. Somut olaya göre bilirkişiler eldeki tıbbi belgelere dayanarak, ayrıca kadın sonradan başka hekimlerin takibi ve tedavisi altına girmişse onlar tarafından düzenlenen tıbbi kayıtlara dayanarak, gerektiğinde kadının hali hazırdaki sağlık durumu ile ilgili ilave tıbbi değerlendirmelere başvurarak bir kanaate varılmaya çalışılmaktadır.

C - RIZANIN İSPATI

Hukuka aykırı eylemin varlığını davacı ispat etme durumundaysa da, TMK m.24/2 hükmüne dayanarak, rızası olmaksızın kişilik hakkı zarar gören hastanın rızasının olmadığını ispat etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Tıp biliminin kurallarına uysa da uymasa da her tıbbi müdahalede kural olarak hekimin, rızanın verilmiş olduğunu, ve bunun geçerli bir rıza olduğunu ortaya koymak için de aydınlatmanın yapılmış olduğunu ispatlaması gerekmekte, hekim ancak bunu ispatlayabildiği takdirde sorumluluktan

387 SOYSAL / EKE, s: 1133, 1141.

388 SOYSAL / EKE, s: 1133, 1141.

kurtulmaktadır³⁸⁹. Yargıtay'ın düşüncesi de bu yöndedir³⁹⁰.

Rıza, büyük cerrahi müdahaleler haricinde yazılı şekle tabi değilse de, ispat açısından yazılı olması ve hasta dosyasında bulunması büyük önem taşımaktadır. Basılı ve standart form tek başına yeterli olmayıp hastanın gerçekten aydınlatılmış olması ve bunun ispat edilebilmesi gerekmektedir³⁹¹. Aydınlatma ve rızanın belgelendirilmesi bazen yasal düzenlemelerle getirilmiş bir yükümlülük şeklinde olmakta, ve RTSHYDIT 13. maddesindeki izin belgesi de böyle bir düzenlemeye dayanmaktadır. Yasal düzenlemenin gereği olduğundan, Tüzük'te yer alan izin belgesinin de, usulüne uygun olarak doldurulmuş ve imzalanmış şekilde, aydınlatılmış onam ile birlikte dosyada bulunması gerekmektedir³⁹². Yine HHY 26. maddede 08.05.2014 tarihinde yapılmış olan değişiklik ile mevzuatta öngörülen durumlar ve uyuşmazlık potansiyeli taşıyan tıbbi müdahaleler için yazılı bir rıza formunun düzenlenmiş ve muhafaza edilmiş olması öngörülmektedir.

Bir tıbbi müdahalede kayıtların düzgün tutulması da tıbbi müdahalenin gereklerinden biri olup, hekimin müdahalenin akışına ilişkin bilgi ve belgeleri saklama yükümü de bulunduğundan, bu belgelerin düzenlenmiş olması ispat fonksiyonu yanı sıra ayrıca hekimin hastaya karşı bir yükümlülüğünü de oluşturmaktadır³⁹³.

Gebe kadının rızasının varlığı sadece gebeliğin sonlandırılması bakımından değil, gebeliğini riske sokacak müdahale ve tedaviler bakımından da önem taşımaktadır. Gerek gebeliğinin takibiyle ilişkili, örneğin amniosentez gibi prenatal tanı testleri, gerek vücudundaki başka bir organla, başka bir sistemle ilgili tanısal işlem, cerrahi ya da medikal tedavi olsun, gebelik istenmeyen bir şekilde zarar görebileceğinden ve kaybedilebileceğinden, gebe kadının bu konuda da aydınlatılmış ve bu aydınlatma sonrası müdahaleye rıza göstermiş olması aranmakta, ispat kolaylığı açısından, ayrıca HHY'deki yeni düzenlemeler uyarınca da bunların yazılı olması ve dosyada yer alması gerekmektedir.

389 ZEYTİN, s: 144, 148.

390 '....Davalı hekim aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini ispat etmediğine göre...' Yargıtay, 4. HD, E: 1976/ 6297, K: 1977/2541, T: 07.03.1997, YILMAZ, s: 49.

Ameliyatın rizikoları, muhtemel hasil olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiği davalı tarafından savunulmamış ve kanıtlanmamıştır. Yargıtay 13 HD, E: 1193/ 131, K: 1993/2741, T: 05.04.1993, YILMAZ, s: 191.

391 ZEYTİN, s: 148.

392 08.05.2014 tarihinde Hasta Hakları Yönetmeliğinde yapılan değişiklikler ile 26.madde uyarınca uyuşmazlığa mahal vermesi muhtemel tıbbi müdahalelerde yazılı bir rıza formunun da düzenlenmesi öngörülmüştür. Bundan sonraki uygulamalarda bu düzenlemenin de dikkate alınması gerekecektir.

393 ZEYTİN, s: 141.

Gebeliğin hekim tarafından yasadışı şekilde sonlandırıldığı durumlarda ise diğer kayıtların yanı sıra aydınlatılmış onamin ispatına yarar bir belgenin bulunması da pek olası gözükmemektedir.

D –GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI YÖNÜNDE TIBBİ ENDİKASYONUN İSPATI

Gebeliklerin on haftaya kadar isteğe bağlı sonlandırılması kural olarak serbest olup herhangi bir tıbbi endikasyonun varlığı aranmamakta iken, on haftanın üzerindeki gebeliklerin sonlandırılmasına ancak anneden ya da fetustan kaynaklanan bir tıbbi endikasyonun varlığının, kadın doğum uzmanının ilgili branştan diğer bir hekim ile beraber düzenleyeceği gerekçeli rapor ile belgelendirilmesi koşuluyla izin verilmektedir. Tüzük’e ekli (2) sayılı listeye birebir bağlı kalınmasının ortaya çıkaracağı sorunlar çalışmamızın önceki bölümlerinde de ele alınmıştır, bununla beraber, somut olgudaki sonlandırma endikasyonu liste ile örtüştüğü takdirde ona uygun olarak, örtüşmediği takdirde gerekli tıbbi detayların da eşliğinde gerekçelendirilmiş olması beklenmektedir. Gebelik ister raporu düzenleyen kadın doğum uzmanı tarafından ister uygulamada da çok sık görülen haliyle, sonradan buna dayanan başka bir kadın doğum uzmanı tarafından sonlandırılmış olsun, raporu destekleyen laboratuvar, görüntüleme bulguları, genetik vb. testlerin sonuçlarının da bulunması gerekmektedir. Bunların varlığı, gebeliğin endikasyonsuz şekilde sonlanmadığı yönünde delil oluştururken, endikasyonun yanlış konduğu ve gebeliğin boşuna sonlandırılmış olduğu iddiaları karşısında da önem kazanmaktadır. Özellikle genetik taramalar ve detaylı ultrasonografi görüntüleri fetal anomaliler nedeniyle yapılan sonlandırmalarda karara dayanak oluşturduğundan, bu nedenle, incelemeyi yapan laboratuvar ve görüntüleme birimlerinin sorumluluğuna da gidilebilmektedir.

On haftanın altındaki gebeliklerin sonlandırılması için ayrıca tıbbi endikasyon aranmayıp, gebe kadının rızası yeterli olsa da, kadının gebeliğin devamını istediğini, ancak yanlış bir tanı ve aydınlatmaya dayanarak rıza verdiğini iddia ettiği durumlarda, hekim de herhangi bir hatalı tanı olmadığını, gebeliğin isteğe bağlı sonlandırıldığını öne sürebilecektir. Böyle durumlarda da, elde eksiksiz tutulmuş tıbbi kayıtların olması ispat bakımından büyük önem taşımaktadır.

Aşçıoğlu da, on haftanın üzerindeki gebeliklerin sonlandırılmasında kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ile ilgili daldan bir uzman hekimin objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporunun bulunması gerektiğini, ancak müdahalenin kanunda ve tüzükte sayılan endikasyonlardan birine dayandığının tek başına raporla ispatlanamayacağını, durumun mümkün olduğunca tartışmasız belgelerle saptanması gerektiğini belirtmekte ve mümkünse rahim tahliye edilirken elde edilen olguların saklanması önermektedir³⁹⁴.

E - GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI NEDENİYLE UĞRANILAN ZARARIN İSPATI

Zararın ispatı kural olarak davacıya ait bulunduğundan gebe kadın öncelikle sona eren gebeliğinin takibi için ve sonlandırma işlemi için yaptığı harcamaların, gebelik herhangi bir tedavi, hatta yardımcı üreme teknikleri sonucu da oluşmuş olabileceğinden, gebelik öncesi bu yönde yapılan harcamaların fatura ve makbuzlarını da delil olarak sunulabilecektir. Gebeliğin sonlanmış olmasının ötesinde, uğramış olduğu diğer bedensel zararlar mevcut ise, bunları ancak daha sonra yapılmış tıbbi değerlendirmeler ve bunların raporlarına göre ortaya koyabilecektir. Özellikle kadının eski sağlığına kavuşması için cerrahi müdahaleler ve medikal tedaviler gerekmişse, bunlarla ilgili ameliyat ve gözlem raporları, tedavi protokolleri, reçeteler anlamlı deliller teşkil edecektir. Yapılan işlemler için hekimlere ve sağlık kuruluşlarına yapılmış olan ödemeler, hastanede kalış sürelerini belgeleyen hekim ve hastane raporları, özel bakım ve beslenme giderleri ile yardımcı kişi giderlerine, hastanın ve yakınlarının tedavi için yol giderlerine, barınma, konaklama, yiyecek içme giderlerine ilişkin³⁹⁵ belgeler, faturalar ve makbuzlar delil olarak sunulabilecektir. Yalnızca kadının beden sağlığına değil, nedensellik bağı kurulabiliyorsa, ruh sağlığına ilişkin bozukluklar nedeniyle de yapılmış harcamalar, örneğin psikiyatri uzmanına ve ilaçlara yapılan ödemeler de maddi tazminat kapsamında değerlendirilebilecektir. Ayrıca bu tedavilerin gelecekte de devam etmesi ve dolayısıyla harcamaların sürmesi olasılığı varsa bunların da hekim raporlarıyla belgelenmesi gerekmektedir.

394 AŞÇIOĞLU, s: 58.

395 HANCI, s 144; YILMAZ, s 76; ÖZPINAR, s 91; ÇELİK, Ahmet Çelik, Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat, s 1; <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/bedensel-zararlar-nedeniyle-tazminat.htm>, Erişim T: 26.02.2014; HATIRNAZ EROL, s: 243, 244.

Kadının işi, mesleği, kazancı, işgücü kaybı, maluliyet durumu, çalışma gücünü kaybettiği dönemi ya da işini tümünden kaybettiğini belgeleyen raporlar delil olarak sunabilecektir. Ayrıca sırf gebe olması nedeniyle önüne çıkan anlamlı iş ve kariyer fırsatlarını geri çevirmiş olması durumunda ispat edilebiliyorsa bunların da zarar olarak sunulmasının mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

Şayet kadın ölmüşse, kimliği, kişiliği, mesleği ve kazancı hakkında bilgiler, ölenin vukuatlı aile nüfus tablosu, destekten yoksun kalanlara ilişkin bilgiler, kadınla yakınlık dereceleri, destekten yoksun kalanlar aynı zamanda mirasçı iseler mirasçılık belgeleri, ölüm hemen değil de, olaydan bir süre sonra gerçekleşmişse, tedavi belgeleri anlam taşıyan delil örnekleri olarak sayılabilecektir³⁹⁶. Bu arada unutulmaması gereken bir husus da, kadının gebeliğin sonlanmasıyla ilişkili olarak ölmüş olduğu iddia ediliyorsa, gerek cezai sorumluluğu, gerek hukuki sorumluluğu belirlemek için nedensellik bağının ortaya konmasında otopsinin büyük önemini olduğudur³⁹⁷. Hukuka aykırı hareketin gerçekten ölüme yol açmış olduğu ortaya konabileceği gibi, bazen de ölümün tamamen başka bir nedenden kaynaklanmış olduğu anlaşılabilir olarak kusursuz hekimlerin boşu boşuna suçlanmaları ve hukuki anlamda sorumlu tutulmalarının da önüne geçilmiş olacaktır.

Bununla beraber, dosyaya sunulmuş bu belge ve raporların büyük bir kısmının yine tıp mensubu bilirkişiler tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir, zira bir kadın, gebeliğinin sonlanmasının ardından ortaya çıkan herhangi bir hastalığı, hekim ve sağlık kuruluşlarına yaptığı başvuruları, önceki gebelik sonlandırması ile ilişkilendirebilir. Bu takdirde dosyadaki tıbbi belge kalabalığının hakimi büyük oranda yanıltabileceğini söylemek mümkündür.

Ancak TBK m.50 uyarınca, zararın tam olarak ispat edilemediği durumlarda da hakim, sunulan bir belge olmasa da hakkaniyete uygun bir zararı önceki bölümlerde de açıkladığımız gibi belirleme yoluna gidecektir.

V-TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

396 ÇELİK, A.Ç: Hekimlerin ve Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.htm>, Erişim T: 01.12.2012/ ÇELİK, A. Ç: Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/bedensel-zararlar-nedeniyle-tazminat.htm>, Erişim T: 28.11.2012.

397 SOYSAL / EKE, s: 1146.

Hukuksal sorumluluk doğuran diğer olgularda olduğu gibi, gebeliğinin sonlanması nedeniyle ortaya çıkan zararlarda da, zarar gören hasta, yani gebe kadın ve duruma göre yakınları, uğranılan maddi ve manevi zararların tazminini isteyebileceklerdir.

Çalışmamızın önceki bölümlerinde de söz edilmiş olan maddi tazminat kalemlerinden, destekten yoksun kalanların zararı ile bedensel zararda gelir kaybının miktarını kesin olarak tespit etmenin mümkün olmadığı, bedensel zararlarda, tedavi giderlerinin belgelendirilmesinin de zorunlu olmadığı, hakimın yapılması zorunlu tedavi giderleri konusunda bilirkişiden görüş alabileceği belirtilmektedir³⁹⁸. Yargıtay'ın da bu yönde verilmiş kararları bulunmaktadır³⁹⁹. Manevi tazminata yönelik olarak ise bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebileceği, ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, ayrıca zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebileceği de TBK m.56'da hükme bağlanmıştır.

A-MADDİ TAZMİNAT

Maddi zararların kapsamına tedavi giderleri ve ambulans, yol masrafı, bakıcı ücreti gibi diğer giderler dahil edilmektedir. Zarar görenin başkasının yardımına muhtaç olması

398 NOMER, s: 162-163, OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 85.

399 Yargıtay 4.HD., E: 1996 4332, K:1996/ 4798,T: 30.5.1996: Tedavi giderleri için belge ibraz edilemeyen hallerde, yaraların tedavisi bakımından ne miktar bir gider yapılması gerektiği konusunda bilirkişi raporu alınmalı ve gerektiğinde B.K.nun 42.nci maddesi gözetilmelidir. Yargıtay 4.HD., E: 1996 4332, K:1996/ 4798,T: 30.5.1996, ÇELİK, Bedensel Zararlar Nedeniyle Manevi Tazminat, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/bedensel-zararlar-nedeniyle-tazminat.htm>, Erişim T: 26.02.2014.Yargıtay 15.HD., E: 1975/ 2093, K: 1975/ 2228,T: 21.4.1975:Davacının iyileştirme giderleri için belge vermemiş olması, tutar ve kapsamının araştırılmasına engel değildir. Öyle ki, iyileştirme giderlerinin yapılmasında zorunluk olduğu olayların normal akışına ve görgülerine uygun düşünüyorsa, yaralanmanın niteliği, iyileşme süresi, davacının sosyal ve ekonomik durumu gözönünde bulundurulup, böyle bir yaralanmaya bağlı olarak davacının iyileşmesini sağlayacak "tıbbi tedavi"nin gerektirdiği giderlerin tutar ve kapsamının bu işlerden anlayan uzman bilirkişi eliyle saptanması gerekir.Yargıtay 15.HD., E: 1975/ 2093, K: 1975/ 2228,T: 21.4.1975; ÇELİK, 'Bedensel Zararlar Nedeniyle Manevi Tazminat', <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/bedensel-zararlar-nedeniyle-tazminat.htm>, Erişim T: 26.02.2014.Yargıtay 4.HD.,E: 2001/10735, K: 2002/1543, T:11.02.2002: Bedensel zarar durumunda tedavi giderlerinin mutlaka belgelendirilmesi zorunlu değildir. Bu giderlerle ilgili iddia kanıtlanamasa bile, yaralanmanın derecesi ve doktor raporları ile hastane kayıtları incelenerek, yaralanma nedeniyle yapılması zorunlu tedavi giderlerinin ne kadar olabileceği konusunda hekim bilirkişiden görüş alınmalıdır. Buna karşın zararın miktarı tam olarak belirlenemezse, BK. 42/2. maddesi gereğince, yargıç tarafından somut olayın özelliği ve kapsamı da gözetilerek tedavi gideri yönünden uygun bir tazminata hükmedilecektir. Yerel mahkemece bu yönler gözetilmeden tedavi giderine ilişkin dava bölümünün reddedilmesi bozma nedenidir.Yargıtay 4.HD.,E: 2001/10735, K: 2002/1543, T:11.02.2002, ÇELİK, Bedense Zararlar Nedeniyle Manevi Tazminat, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/bedensel-zararlar-nedeniyle-tazminat.htm>, Erişim T: 26.02.2014.

halinde, brüt asgari ücret üzerinden bakıcı giderleri hesaplanabilmektedir. SGK tarafından karşılanan tedavi giderleri dışında, tedavi amacına yönelik başka harcamaların da tazmini talep edilebilmektedir⁴⁰⁰.

Öğretide bir görüşe göre, bu hesaplamaların genellikle uzman aktüerler tarafından yapıldığından ve bu bilirkişilerce, zarar gören ya da ölenin geliri, yaşı, yaşama şansı, destek verme süresi ya da aktif çalışma süresi, ailenin sosyoekonomik durumu, eğitim durumları, zarar süreleri ya da destek alma süreleri, davalı ve varsa davacının ortaya çıkan durumda kusur oranları, SGK ya da diğer sigortalardan bir menfaat ya da gelir elde edilip edilmediği, ayrıca ölenin davacılaraya geçen miras geliri gibi unsurların göz önünde tutulduğundan söz etmektedir⁴⁰¹.

Çalışma gücünün tamamen veya kısmen yitirilmesinden doğan kazanç kayıplarında, eğer bu kayıp sürekli ise, zarar görenin muhtemel çalışma süresi, yani aktif dönem ile pasif dönemi ve bu dönemleri içindeki muhtemel kazancın toplam tutarı hesaplanmakta, mevcut verilere göre belirlenen yıllık kazanç tutarı, önce her yıl için %10 oranında arttırılmakta, sonra her yıl için %10 indirim tabi tutulmaktadır, ve bu indirim de toptan ve peşin ödemeye hükmedilecek olmasından kaynaklanmaktadır. Bu şekilde hesaplanan miktar üzerinden iş gücü kaybının oranına göre gelir kaybının sermaye değerinin bulunduğu belirtilmektedir⁴⁰². Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplarda ise, ağırlıklı olarak bedensel çalışma gücü kaybı dışındaki bir sebeple uğranılan ekonomik kayıplar anlaşılmaktadır⁴⁰³.

Ölüm halinde zararın kapsamına, ölüm sebebiyle yapılan yolculuk ve taşıma giderleri, özellikle cenaze giderleri, ki bu harcamalar terekeden yapıldığında mirasçılar tarafından talep edilebileceği belirtilmektedir, ölenin desteğinden yoksun kalanların bu yüzden uğradıkları zararlar dahil edilmektedir. Ölüm olayı hemen gerçekleşmemişse aradaki dönemde kadının sağlığı ve bakımı için yapılan harcamalar da dahil, cenaze ve defin masraflarını, çalışan bir kadın idiyse getireceği kazançtan mahrum kalınması nedeniyle uğranılan zararları⁴⁰⁴ ve bir eş, anne ve evi çekip çeviren bir kadın olarak gördüğü fonksiyonların ikamesi için gereken masraflar şeklinde destekten yoksun kalma

400 NOMER, s: 165.

401 ÖZTÜRKLER, s: 324.

402 NOMER, s: 165; ÖZTÜRKLER, s: 325.

403 NOMER, s: 169; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 98.

404 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 99; AŞÇIOĞLU, s: 100,101; Yılmaz, s: 77, HANCI, s: 145.

tazminatını talep edebileceklerdir ⁴⁰⁵. Destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilecek kişilerin, ölüm anında destekten aktif olarak yararlananlar olması şart olmayıp, ilerde, ölenin, destek görme olasılığı yüksek olan kişilerin de bu tazminatı talep edebileceği söylenmektedir ⁴⁰⁶. Öğretide benzer bir görüşe göre de ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin, ölenin fiilen ve sürekli olarak geçimlerini sağladığı kişiler olduğu, bunların kan veya kayın hısımları veya mirasçı veya kanunen bakmakla yükümlü olduğu kimselerden olması şart olmayıp, önemli olan ölenin, ölmeseydi fiilen bu kişilere bakmaya devam edeceğinin veya ileriki bir zamanda bakacağına kuvvetle muhtemel olması anlaşılmaktadır ⁴⁰⁷. Bu yardımın miktarı hesaplanırken de, yıllık muhtemel yardım miktarı ve muhtemel yardım süresinin dikkate alındığı, ayrıca destek ihtiyacının ortadan kalkması veya kalkma ihtimalinin bulunmasının da, örneğin eşin ilerde başkasıyla evlenmesi gibi, göz önünde tutulduğu belirtilmektedir ⁴⁰⁸.

Bir gebeliğin hukuka aykırı olarak sonlanması durumunda, doğacak çocuğun desteğinden yoksun kalma şeklinde bir tazminat talebi ise fetusun yani ceninin canlı olarak doğarak kişilik kazanmamış olmasından dolayı olası gözükmemektedir. Yargıtay da gebeliğin sonlanması nedeniyle istenen, çocuğun desteğinden yoksun kalma tazminatını, ancak çocuğun sağ doğması halinde böyle bir tazminata hükmedilebileceği gerekçesiyle, reddeden yerel mahkeme kararını yerinde bulmuştur ⁴⁰⁹.

Tazminat hesaplamasında, öncelikle zararın tespit edilmesi, ardından tazminatın belirlenmesi gerekmektedir. Maddi tazminat hesaplanırken, ilke olarak zarardan daha fazla bir tazminata hükmedilememektedir.

TBK'nun 51.maddesi ve 52.maddesi uyarınca, hakime geniş bir takdir yetkisi verildiği görülmektedir ⁴¹⁰. Hakim somut olayın durumuna göre, tazminat miktarını, yani zararın ne kadarını tazmin etmesi gerektiğini belirlemede, ancak indirimde bulunuyorsa

405 ÇELİK, Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat, s: 1; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 102.

406 AŞÇIOĞLU, s: 101; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 101.

407 YILMAZ, s: 233.

408 NOMER, s: 170.

409 Yargıtay 13 HD, Esas:2009/7607, K: 2009/ 13668, T:23.11.2009:Mahkemece davalı doktorun davacının bebeğinin alınmasıyla sonuçlanan teşhis-tedavi süreci işlemlerini başlattığı, bu nedenle illiyet bağının gerçekleştiği, davalı şirketin de işleten sıfatıyla sorumlu olduğu, ceninin sağ doğması koşuluyla destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilebileceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne , , her davacı için 25 000 YTL'den toplam 50 000 YTL manevi tazminatın davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline, maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiş, hüküm taraflarca temyiz edilmiştir. 1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere.....aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir. 13 HD, Esas:2009/7607, K: 2009/ 13668, T:23.11.2009, GÖKCAN,s: 1291-1292.

410 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s. 84.

hangi özelliğe dayandığını da belirtmesi gerekmektedir⁴¹¹. Böylece somut olayda ortaya çıkan ve indirimi gerektiren nedenlerden dolayı sıklıkla zararın tümünün tazmin edilmediği de belirtilmektedir⁴¹².

Haksız fiilden doğan sorumlulukta, zarar verenin kusurunun hafifliği, zarar görenin ortak ve kişisel kusuru, tazminat ödemesinin zarar verenin mali durumunu kötüleştirilmesi, beklenmedik olaylar, hastanın bünyesel yatkınlığı, uzak nedensellik, zarar görenin çok yüksek gelire sahip olması, hatır için tedavi yapılmış olması gibi indirim sebepleri göz önünde tutulmakta, ancak sözleşmesel sorumlulukta, sözleşmenin mahiyetine uygun düşmemesi nedeniyle bazı indirimlerin uygulanması mümkün olmamaktadır. Özellikle hekim ile hasta arasında bir vekalet sözleşmesi bulunması durumunda, bu sözleşme gereği hekimin hafif kusurundan dahi sorumlu olması indirim yapılmasını engelleyebilmektedir⁴¹³.

Zarar görenin rızasının da ortak bir kusur hali olduğu, bu rıza eğer geçerli ise, yani hukuka uygunluğu sağlamışsa, o takdirde zarar verenin sorumluluktan kurtulacağı, ancak rızasının geçersizliği durumunda, zarar veren sorumluluktan kurtulmamakla beraber, zarar görenin rızası da ortak kusur sayılacağından tazminatta indirim gidileceği belirtilmektedir⁴¹⁴. Tıbbi endikasyon bulunmaksızın on haftanın üzerindeki bir gebeliğin sonlandırılması durumunda gebe kadının rızasının bulunması yazarın bu açıklamalarına örnek bir durum teşkil etmektedir.

Zararın meydana gelmesinde zarar görenin kusurunun olması da bir indirim sebebi olarak dikkate alınmaktadır. Örneğin, hastanın hekime hastalığı ve uygulanacak tedavi hakkında kararını etkileyecek sağlığı ile ilgili bilgileri tam olarak veya hiç vermemesi durumunda, ya da kendi menfaatini korumak için gerekli özeni ve çabayı göstermemesi veya gerekenin tam aksi şekilde hareket etmesi durumunda, hekim tarafından ispatlanmak kaydıyla, indirim sebebi olarak dikkate alınabilecektir. Zarar görenin kusuru belirlenirken de, objektif kriter esas alınarak makul bir insanın aynı şartlar altında, kendi menfaati icabı yapmaması gereken harekette bulunup bulunmadığı göz önünde tutulmakta ve zarar görenin kusuru nedensellik bağımlı keşecek derecede ağır ise, hekim sorumluluktan

411 NOMER, s: 173.

412 DOĞAN, s: 57.

413 YILMAZ, s: 242.

414 NOMER, s: 173.

kurtulabilmektedir ⁴¹⁵. Zarar görenin, kendisi için özel bir tehlike arz etmeyen tedaviden kaçınmasının da kural olarak ortak kusur teşkil edeceği belirtilmektedir ⁴¹⁶. Çalışma konumuz bağlamında kadının hekime gebeliği ve genel sağlık durumu ile ilgili yanıltıcı bilgiler vermesi, hatta yanıltıcı belgeler sunması, kullanmış olduğu, özellikle gebelik açısından sakınca yaratacak ilaçlar hakkında yanlış bilgiler vermesi, kendisine yapılan önerileri uygulamaması, planlanan kontrollere riayet etmemesi örnek olarak gösterilebilmektedir.

Zarar verici olay sebebiyle, zarar görenin elde ettiği menfaatlerin de tazminattan indirilmesi gerektiği de belirtilmektedir ⁴¹⁷. Bununla beraber, kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemelerin, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemeyeceği ve tazminattan indirilemeyeceği, hesaplanan tazminatın, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamayacağı veya azaltılamayacağı da TBK m. 55'te hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Hakimin, maddi tazminatın toptan veya taksitler halinde ödenmesine hükmedebileceği gibi, belli bir süre veya zarar görenin hayatı boyunca, dönemsel olarak belli bir miktar paranın ödenmesine yani irad şeklinde tazmine de hükmedebileceği belirtilmektedir ⁴¹⁸.

B-MANEVİ TAZMİNAT

Manevi tazminatı kural olarak kişilik hakları ihlale uğrayan kişi, ve ölüm durumunda ölenin yakınları da isteyebilmektedir ⁴¹⁹. Gebeliği sonlandırılan kadının, hem gebeliğini kaybetmekten hem de vücut bütünlüğüne yönelmiş saldırıdan dolayı, bir acı, üzüntü ve ıstırap duymuş olacağı ortadadır. Hakimin, gebeliği sonlandırılan kadın için manevi tazminatı takdir ederken, kadının müdahaleye rızasının olup olmadığı, yaşı, geçmişteki gebeliklerinin sayısı, bunların doğum, düşük ya da kadının isteğine bağlı olarak sonlandırılmış olup olmadığı, geçmişte de kendi isteğiyle sonlandırılmış başka gebelikleri olup olmadığı, yaşayan çocuk sayısı, kaçınıcı evliliği olduğu, kendiliğinden mi yoksa tedavi sonucu mu gebe kaldığı, gebeliği sonlandıran müdahalenin gerçekleştirilme şekli, kadının

415 DOĞAN, s: 59.

416 NOMER, s: 173.

417 DOĞAN, s: 58.

418 NOMER, s: 172.

419 YILMAZ; s: 235.

gebeliğin kaybı dışında ilave bedensel ve ruhsal zarara uğrayıp uğramadığı ve kadının mevcut ruhsal durumu gibi unsurları göz önünde tutabileceğini düşünmekteyiz.

Ayrıca yine TBK' nın 56. maddesi ile ağır bedensel zararlarda zarar görenin yakınlarının da manevi tazminat isteyebilecekleri hükme bağlanmıştır. Ağır bedensel zararların takdirinde, oluşan iş göremezlik derecesinin oranı, uğranılan ruhsal zararın niteliği ve diğer durumların gözetildiği, ayrıca yakın kavramının belirlenmesinde ölen veya ağır bedensel zarara uğrayanla yakın olduğunu öne süren kişi arasında düzenli ve yoğun bir ilişkinin ve olay sebebiyle bedellendirilebilecek ağır bir üzüntünün varlığının arandığı belirtilmektedir. Ölüm nedeniyle manevi tazminat isteyebilecek olanlar, ölenle aile ve sevgi bağları olan yakınları olup, sevgi bağının varlığı kanıtlandığında aile bireyleri dışındaki kişiler de manevi tazminat talep edebileceklerdir ⁴²⁰.

Manevi tazminatla, duyulan acı ve elemin dindirilmesi hedeflendiğinden, amacın cezalandırmak değil, zarar görende manevi huzur sağlamak olduğu, dolayısıyla somut olaya göre, bir miktarın paranın ödenmesi dışında başka bir giderim biçimine de hükmedilebileceği, ayrıca maddi tazminatın belirlenmesinde göz önünde tutulan indirim nedenlerinin manevi tazminatın belirlenmesinde de göz önünde tutulacağı belirtilmektedir ⁴²¹. Manevi tazminatla amaçlananın, zarar görende bir huzur duygusu uyandırmak olduğundan, bir taraf için zenginleşme, diğer taraf için yıkım olacak bir miktarda olmaması gerektiğinden söz edilse de ⁴²² ve Yargıtay da genelde bu yönde düşünse de, HGK'nun, dünyada caydırıcı nitelikte yüksek tazminatlara eğilimin arttığından bahsettiği ve yerel mahkemenin davacılar lehine hükmettiği yüksek manevi tazminatı yerinde bulduğu bir kararı da bulunmaktadır ⁴²³.

420 AŞÇIOĞLU, s : 102.

421 NOMER, s: 182, 184.

422 YILMAZ, s: 235.

423 Yargıtay HGK, E: 2004/ 13-291, K: 2004/370, T: 23.06.2004: Manevi tazminatın miktarını tayin etme, hakimin takdirine bırakılmış bir konu olmakla beraber, hükmedilecek miktarın uğranılan zararlar orantılı, duyulan acıyı hafifletecek nitelikte olması gerekir. Takdir edilecek manevi tazminat hakkaniyete uygun olmalıdır. Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararı karşılama da amaç edinmemiştir. Kusurlu olana yalnız hukukun ihlalden dolayı yapılan bir kötülük de değildir. Aksine zarara uğrayanda bir huzur duygusu doğurmalıdır. Tazminatın sınırı onun amacına uygun olarak belirlenmelidir. Manevi tazminatın takdiri yapılırken tarafların sosyal ve ekonomik durumları gözetilmeli; manevi tazminatın miktarı bir taraf için zenginleşme aracı diğer taraf için de yıkım olmamalıdır. Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde her olaya göre değişen özel hal ve şartlar gözetilmelidir. Manevi tazminat gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde ve taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle

C-BİRDEN FAZLA KİŞİNİN SORUMLU OLMASI

Aynı zarardan birden fazla kişinin sorumlu olması durumunda, zarar veren sorumlular arasındaki ilişkinin TBK 61. maddede düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Müteselsil sorumluluk için birden fazla kimsenin müşterek kusurla veya kasten hareket etmesi zorunlu olmayıp, ihmali bir hareketle birisine zarar vermeleri de söz konusu olabilecektir. Buna göre, tıbbi müdahaleler ile ilişkili olarak, adam çalıştırmanın sorumluluğunda olduğu gibi, genel haksız fiil sorumluluğu ile bir kusursuz sorumluluk halinin bir arada bulunması ya da sağlık kurumu ile kurulmuş sözleşmenin ihlali ile birlikte hekimin haksız fiil sorumluluğu gibi durumlar da bir arada ortaya çıkabilecektir ⁴²⁴.

Müteselsil sorumlulukta, davacı, zararın tamamı için, sorumlu olanlardan dilediği birine başvurabileceği gibi, isterse birkaçına ya da hepsine birden başvurabilecektir. Bu durumda, sorumlulardan birinden tahsil ettiği miktar kadar da diğer sorumluların borcu sona erecektir. Tazminatın aynı zarardan sorumlu olan müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında TBK m.62/1'e hükmü uyarınca, bütün durum ve koşullar, özellikle kusurlarının ağırlığı göz önünde tutulacaktır ⁴²⁵. Ancak bu husus davalıların daha sonra birbirlerine karşı açacakları rücu davasında değerlendirilecektir ⁴²⁶.

Bu durum, gebeliklerin sonlandırılmasıyla ilişkili olarak, en sıklıkla zarara yol açan tıbbi müdahalenin özel bir sağlık kuruluşunda gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkmakta, genellikle müdahaleyi gerçekleştiren hekim ve sağlık kuruluşunun müteselsil sorumluluğuna gidilmektedir. Bu kişiler yukarıdaki esaslara göre belirlenmiş tazminatı ödeme durumunda kaldıklarında kusurları oranında birbirlerine rücu edebileceklerdir.

vurgulamaktadır. Bu ilkeler gözetildiğinde aslolan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değer telafi etmesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek, öte yandan zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla caydırıcı olabilmektir. Mahkemece ülkenin ekonomik koşulları, paranın alım gücü, tarafların mali ve içtimai durumları, davalıların eyleminin niteliği ve atfedilen kusur oranı, davacılar tarafından yaratılan eylem ve ızdırabın ağırlığı ve manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin tüm ilke ve kurallar nazara alınarak davacılar lehine hükmedilen tazminat miktarları yerindedir. Usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir. Yargıtay HGK, E: 2004/ 13-291, K: 2004/370, T: 23.06.2004, YILMAZ, s: 241, 242.

424 NOMER, s: 153.

425 NOMER, s:156.

426 Yargıtay HGK, E: 2004/ 13-291, K: 2004/370, T: 23.06.2004:Davacıların desteğinin ölüm olayının meydana gelmesinde onun dışında işlem yürütenlerin müşterek ve müteselsil sorumlulukları söz konusu olduğunda bu aşamada sorumlu olanların kendi aralarında hangi oranda kusurlu bulduklarının esasa etkili olmadığı açıktır. Bu ancak davalı yanlar arasında davaya konu olması halinde rücu davasında araştırılması gereken bir husustur. Yargıtay HGK, E: 2004/ 13-291, K: 2004/370, T: 23.06.2004, YILMAZ, s: 240.

VII- ZAMANAŞIMI

TBK m.72/1'de haksız fiil sorumluluğu için özel zamanaşımı süreleri getirilmiştir. Buna göre, tazminat istemi zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlenmesi tarihinden başlayarak on yılın geçmesiyle zaman aşımına uğrayacaktır ⁴²⁷.

İki yıllık süre zararın ve sorumlusunun öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlamaktadır. Zararın öğrenilmesi, zararın varlığının, mahiyetinin, unsurlarının ve kapsamının öğrenilmesidir, bu nedenle özellikle devam eden, gelişen zararalarda, zararın tamamen öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmektedir ⁴²⁸. Örneğin iş gücü kaybına bağlı maddi tazminat davalarında, Adli Tıp Kurumu'nun bu kaybın oranını belirleyen raporu, zararın öğrenildiği tarih olarak kabul edilebilmektedir ⁴²⁹.

Hukuki sorumluluk sözleşmeye aykırılığa, tıbbi davalar bağlamında da vekalet ilişkisine dayandırıldığında ise, TBK m.147 hükmüne göre beş yıllık zamanaşımı süresi geçerli olmaktadır. Tazminat alacağında zamanaşımının alacağın doğduğu anda işlemeye başladığı belirtilmektedir ⁴³⁰. Yargıtay vekalet sözleşmesine dayandırdığı bir kararında zamanaşımının, davacının zarar ve kapsamını tüm unsurlarıyla öğrendiği andan itibaren başlayacağını kabul etmiştir ⁴³¹.

Vekaletsiz iş görmede zamanaşımıyla ilgili olarak, kanunda özel bir düzenleme yapılmadığı, dolayısıyla genel hüküm olan 146. maddedeki on yıllık zaman aşımı kuralının

427 NOMER, s: 156; HATIRNAZ EROL, s: 247; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s: 93.

428 DOĞAN, s: 60.

429 NOMER, s: 186.

430 OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 607, 608.

431 Yargıtay, 13 HD, E: 2004/ 8721, K: 2004/ 1901, T: 20.02.2004:Davacının 13.04.1986 tarihinde davalı doktorlar tarafından sezaryenle doğum yaptırıldığı, 20.04.1986 tarihinde de rahminin alındığı taraflar arasında uyumsuzluk konusu değildir. Davacı 05.11.1993 tarihli 1993/630 (1998/34) esas sayılı davasında çocuk yapma olanağının yanında %60 oranında da çalışma gücünü kaybettiğinden bahisle tazminat istemiş, saklı tuttuğu fazlaya ilişkin bölümle ilgili 15.02.2002 tarihinde icra takibi yapılmış, 15.03.2002 tarihinde bu davayı açmış, davalıların zamanaşımı itirazlarına karşılık olarak da maluliyet oranının bilahare belli olduğunu ileri sürmüştür.Hatalı işlem veya eylem sonucunda doğan zarar, üzerinden geçen zaman içerisinde ilk doğduğu şekliyle, sonradan değişmeksizin varlığını sürdürüyorsa, zarar görenin salt bu zararın varlığını öğrenmiş olması, zamanaşımı süresinin de başlaması için yeterli olacaktır. Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarında zamanaşımı başlangıcı yönünden zarar görenin salt zararın varlığını öğrenmesi yeterli kabul edilmekte, ayrıca zararın miktar ve kapsamını da öğrenmesi aranmamaktadır.Bu durumda davacının, zararı ve kapsamını tüm unsurlarıyla birlikte ilk davayı açmadan önce öğrendiğinin kabulü ve ek davanın açıldığı tarih olan 15ç03.2002 tarihi itibarıyla BK'nun 126/4. Maddesinde öngörülen 5 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğunun göz önüne alınarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir. Yargıtay, 13 HD, E: 2004/ 8721, K: 2004/ 1901, T: 20.02.2004, YILMAZ, s: 254.

geçerli olduğu, iş sahibinin kendi yararına yapılmış olan işe icazet vermesi durumunda ise, vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanarak beş yıllık zamanaşımı süresinin geçerli olacağı belirtilmektedir. Ayrıca hekimin vekaletsiz iş görme kapsamındaki tıbbi girişimi nedeniyle hastanın tazminat istemi genellikle özen yükümlülüğünün ihlali iddiasına dayansa da, aynı nedenle haksız fiile dayanma imkanı da olduğundan, yine iki ve on yıllık haksız fiil zamanaşımı hükümleri uygulanabilecektir ⁴³².

Eylem, aynı zamanda cezayı da gerektiriyorsa ve ceza kanunlarında daha uzun bir zaman aşımı süresi öngörülmüş ise, o zaman tazminat talebi için iki ve on yıllık süreler yerine o süreler uygulanacaktır ⁴³³. TCK m. 66'ya göre bu süre, hekimlerin gebeliği sonlandırması nedeniyle ortaya çıkabilecek taksirle yaralama suçları dikkate alındığında 8 yıl, çocuk düşürtme ve taksirle öldürme suçları dikkate alındığında 15 yıl olacaktır ⁴³⁴. Ceza zamanaşımı süresinin uygulanması için ceza davasının açılmış olması ise bir koşul olarak aranmamaktadır.

432 GÖKCAN, s: 1002.

433 GÖKCAN, s: 1003; HATIRNAZ EROL, s: 247.

434 GÖKCAN, s: 1003.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GEBELİĞİN SONLANDIRILMASINDAN KAYNAKLANAN CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU

I-GENEL OLARAK

Hukuk sistemimizde gebeliğin sonlandırılması ile ilgili mevzuatı başlıca iki yasal düzenleme oluşturmaktadır. Bunlardan ilki, gebeliklerin sonlandırılmasının tabi olduğu kuralları içeren 27.05.1983 tarihli, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'dur. Ayrıca bu kanuna dayanarak çıkarılan 510 sayılı 'Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün de bu kanuni düzenlemeyle ilgili olarak dikkate alınması gerekmektedir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'a göre gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon, devletin gözetim ve denetimi altında yapılmakta olup⁴³⁵, kanunun öngördüğü haller dışında gebeliğin sona erdirilmesine izin verilmemektedir.

Diğer kanuni düzenleme ise 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'dur. Bir başka ifadeyle gebeliğe yasal olarak son verme halleri 2827 sayılı NPHK'da belirtilmiş olup bu kapsam dışında gerçekleştirilen durumlar da TCK'da suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçlar, TCK'nın 'Özel Hükümler' başlıklı İkinci Kitabı'nın 'Kişilere Karşı Suçlar' başlıklı İkinci Kısımının, 'Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma' başlıklı Beşinci Bölümünde, 99. maddede yer alan çocuk düşürtme ve 100. maddede yer alan çocuk düşürme suçlarıdır.

765 sayılı TCK'da 468., 470. ve 472.maddelerde düzenlenmiş olan çocuk düşürtme suçunun 5237 sayılı TCK'nın 99. maddesinde toplanmış olduğu, her iki kanunun düzenlemelerinin paralel olmakla beraber, 5237 sayılı TCK'da, eski kanundan farklı olarak şeref ve namus kurtarmak amacıyla çocuk düşürtme eyleminin düzenlenmemiş olduğu, bunun yerine kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, 20 haftayı

435 NPHK m.2/3 ve 4: Gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon, devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon ve kastrasyon ameliyesi yapılamaz.

geçmemiş olan gebeliğin sona erdirilebileceği hükmünün getirildiği belirtilmektedir⁴³⁶. Yine 765 sayılı TCK'nın 469.maddesinde düzenlenmiş olan çocuk düşürme suçunda ayrıca yer alan suça iştirak ile düzenlemenin yeni kanunda yer almadığı görülmektedir. 5337 sayılı kanunda, gebeliğin sonlanmasına yönelik bu özel düzenlemelerin yanı sıra, TCK 86. maddede⁴³⁷ düzenlenmiş bulunan kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri TCK m.87'de düzenlenmiş ve buna göre TCK m.87/ 2 e bendinde, yaralamanın gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine neden olması netice sebebiyle ağırlaşmış hal olarak tanımlanmıştır. Yine taksirle yaralamanın düzenlendiği TCK 89. maddenin 3. fıkrası e bendinde, yaralama neticesi gebe bir kadının çocuğunun düşmesine neden olunması, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hali olarak düzenlenmiştir⁴³⁸.

Tezimizin konusu olan hekimlerin cezai sorumluluğu açısından odak noktasını TCK m. 99'da düzenlenmiş olan çocuk düşürtme suçu oluşturmaktadır. Ancak TCK m.100'de ele alınan kadının kendi gebeliğini sonlandırmasına yönelik çocuk düşürme suçuna hekimlerin de iştiraki mümkün olduğundan, bu suçun da ele alınması gerekmektedir. Her ne kadar gebelikler tıbbi müdahale niteliği taşımayan birtakım yöntemlerle ve kadının vücuduna yöneltilmiş travmatik eylemlerle de sonlandırılabilir olsa da ve hekimlerin de bu eylemlerin faili olma olasılığı bulunsa da, sağlık hukuku kapsamında olmayan bu durumlar da çalışmamızda ele alınmamıştır.

436 ARTUÇ, s: 537.

437 TCK m.86 Kasten yaralama: (1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) (Ek fıkra: 31/3/2005 – 5328/4 md.) Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.(3) Kasten yaralama suçunun;a)Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı, b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,e) Silahla, İşlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

438 TCK m.89:Taksirle yaralama: (1) Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Taksirle yaralama fiili, mağdurun; a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, b) Vücudunda kemik kırılmasına, c) Konuşmasında sürekli zorluğa, d) Yüzünde sabit ize,e) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, f) Gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına, Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır.(3) Taksirle yaralama fiili, mağdurun; a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,d) Yüzünün sürekli değişikliğine,e) Gebe bir kadının çocuğunun düşmesine,Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.(4) Fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (5) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/5 md.) Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz.

II- ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU

Çocuk düşürtme suçu TCK 99. maddesinde düzenlenmiş olup⁴³⁹, buna göre TCK m. 99/1 uyarınca rızası olmaksızın bir kadının çocuğunun düşürtülmesi, TCK m. 99/2 uyarınca tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunun düşürtülmesi, ve ayrıca gebeliği on haftadan büyük kadının bu sonlandırmaya rıza göstermesi suç olarak kabul edilmiştir. Üçüncü ve dördüncü fıkralarda, birinci ve ikinci fıkralarda yazılı durumlar kadının beden veya ruh sağlığı bakımından zarara uğramasına veya ölmesine yol açtığı takdirde, suçun nitelikli hallerinin oluşacağı ve daha ağır cezayı gerektireceği hüküm altına alınmıştır. Beşinci fıkroda, gebeliği on haftayı geçmeyen kadının rızası ile çocuğunu düşürten yetkisiz kişinin eylemi suç sayılmıştır. Bu kanun ile gelen yeni bir düzenleme olarak altıncı fıkroda kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, kadının rızasının olması ve gebelik süresinin yirmi haftayı aşmaması koşuluyla, gebeliğin sonlandırılması durumunda ceza verilmeyeceği açıklanmış, ayrıca uzman hekim tarafından ve hastane ortamında gerçekleştirilme koşulu da aranmıştır.

Gebeliğin meşru biçimde sonlandırılabilmesi için, diğer koşullar yanında, ayrıca gebe kadının rızası şart olup, olmadığı takdirde eylemin cezalandırılacağı 1. fıkradan anlaşılmaktadır. Gebe kadının rızası yoksa, gebeliğin kaçınıcı haftasında olduğuna bakılmaksızın eylem hukuka aykırı olacak ve çocuk düşürtme suçunu oluşturacaktır. Aynı şekilde, 2. fıkraya göre, gebelik süresi on haftayı aştıktan sonra yapılan sonlandırmalarda

439 Çocuk düşürtme MADDE 99.: (1) Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.(2) Tıbbî zorunluluk bulunmadığı hâlde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. (3) Birinci fıkroda yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (4) İkinci fıkroda yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması hâlinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.(5) Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi hâlinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur. (6) Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.

da kadının rızası aranmakta, ancak bu rıza mevcut bile olsa, eylemi hukuka aykırı olmaktan kurtarmaya yeterli olmamakta ve tıbbi zorunluluk bulunmaksızın gebelik sonlandırıldığı takdirde yine çocuk düşürtme suçu oluşmaktadır. Bu durumda gebeliğinin sonlanmasına rıza gösteren kadın hakkında da ayrıca cezaya hükmolunmaktadır. Kadının rızasının olmadığı durumda gebelik sonlandırılmış ve kadın beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramış ya da ölmüşse, sorumluluk 3. fıkraya göre, kadının rızası ile on haftadan büyük gebeliğin sonlandırıldığı durumlarda kadın beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramış ya da ölmüşse, sorumluluk 4. fıkraya göre belirlenmektedir. 5. fıkraya bakıldığında, yine kadının rızasının eylemi hukuka uygun kılmak için tek başına yeterli olmadığı diğer bir durumun da gebeliğin yetkisiz bir kişi tarafından sonlandırılması olduğu, on haftanın altındaki bir gebelik yetkili kişi tarafından kadının rızası ile sonlandırıldığında suç oluşmazken, bu kişinin yetkisiz olması durumunda suçun oluşacağı, ayrıca kadının rızası olmaksızın gebeliğin sonlandırılması, süresi on haftadan büyük gebeliğin sonlandırılması ve kadının beden ve ruh sağlığının zarar görmesi ve ölmesi durumlarında eylemi gerçekleştiren kişi yetkisiz ise, cezanın ağırlaştığı görülmektedir. 6. fıkradaki düzenlemeye göre ise, kadının gebeliği suç niteliği taşıyan bir eylem sonucu oluşmuşsa, kadının rızasının olması ve gebelik süresinin yirmi haftayı aşmamış olması koşuluyla uzman hekimlerce hastane ortamında sonlandırıldığı takdirde ceza verilmemektedir.

A-KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Çocuk düşürtme suçu ile korunan hukuksal değere ilişkin olarak öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmekte olup, bir görüşe göre öncelikli olarak yaşam hakkı korunmaktadır. Yapılan müdahale gebe kadının sağlığı açısından risk taşıyabildiğinden, gebe kadının beden ve ruh sağlığının, ayrıca ceninin yaşam hakkının korunduğu ağırlıklı olarak öne sürülmektedir⁴⁴⁰. Yine ceninin gelecekteki yaşam hakkının yanı sıra kadının anne olma hakkı⁴⁴¹ ve aileye ait bir varlığın var olma hakkının da korunduğu belirtilmektedir⁴⁴².

440 ÖZBEK/ KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE s 290; DÖNMEZER, s 158-159; HAKERİ, Tıp Hukuku, s 717 ; AYDIN, Murat, Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt : 19, Sayı: 2 , Yıl : 2011 , s: 71-72; KURT, s: 69.

441 ARTUÇ, s: 537.

442 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 306.

Dönmezer'e göre de çocuk düşürtme suçlarında korunan hukuksal değerler birden fazla olup bunlar gelecekte hayat bulacak olan ceninin yaşam hakkı, müdahalenin annenin sağlığını tehlikeye düşürmesi nedeniyle annenin sağlık hakkı, çocuk sahibi olma konusundaki özgürlüğünün güvence altına alınması, bazı koşullarda ailelerin, zorla çocuk sahibi olmamak hususundaki serbestliği, ulusun, ırkın ya da toplumun varlığını sürdürme hakkı, genel ahlak ve devletin nüfus politikası olarak ifade edilmektedir. Gebe kadının sağlığının korunan hukuksal değer olarak kabul edilmesinin nedeni, rızası bulunsun ya da bulunmasın çocuğu düşürtülmek suretiyle onun vücudu üzerinde girişimde bulunulması ve vücut bütünlüğüne rahatsızlık ve acı veren bu müdahalelerin doğrudan doğruya kadının vücudu üzerinde gerçekleşmesi, onu etkilemesidir ⁴⁴³. Kanun koyucunun gebelik sonlandırmayı geniş ölçüde serbest hale getirmesinin, bunun bir nüfus planlaması aracı olarak kabul edildiğini göstermeyeceği, düzenlemelerle yalnızca kadının bu alandaki özgürlüğünün ve ailelerin, yine bazı koşullarla, zorla çocuk sahibi olmamak hususundaki serbestliğinin güvence altına alınmak istendiği belirtilmektedir. Bu görüşe göre, kanun koyucu, bireylerin özel hayatına saygı göstererek tercihlerini önemsemekte, kadınları ve kocalarını çocuk sahibi olmaya mecbur tutmamaktadır ⁴⁴⁴.

Öğretide bir diğer görüşe göre, suçun kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenmesinden de anlaşılacağı üzere, korunan yarar ilk planda insan hayatı olup, bununla beraber bir insan ile bir ceninin öldürülmesi bakımından kanunun öngördüğü ceza miktarı açısından büyük bir fark olmasının nedeni, ceninin daha az değerde görülmesi değil, annenin yararları ile ceninin yararlarının çatışmasıdır. Çocuk düşürtme suçları ile korunan öncelikli değer, ceninin gebelik süresi içindeki doğal gelişim hakkı olup, ceninin annenin sağlığının tehlikeye düşmesi halinde rahimden alınması söz konusu olsa bile onun da yaşama hakkı dikkate alınmakta ve korunmaktadır. Dolayısıyla burada yapılan ayırım, doğmuş ve yaşamakta olan gebe kadın ile henüz doğmamış bulunan cenin arasında olup, gebeliğin sonlandırılmasına izin verilen sürenin kısıtlanmış olması ve yetkisiz kişinin yaptığı müdahalenin suç kabul edilmesi de kadının sağlığının korunmasına yöneliktir. Gebeliğin sonlandırılabilmesi için devamlı olarak annenin rızasının şart koşulmasıyla da gebe kadının karar verme özgürlüğü koruma altına alınmaktadır ⁴⁴⁵.

443 DÖNMEZER, s: 158.

444 DÖNMEZ, s: 108, 109.

445 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 717.

Kanbur da, ulusun, ırkın ya da toplumun varlığını sürdürme hakkının, aileye ait bir varlığın var olma hakkının, ceninin gelecekteki yaşamının, genel ahlak ve devletin nüfus politikasının korunan hukuksal değerler içinde olduğunu, ayrıca kadının cinsel özgürlüğünün de korunduğunu belirtmektedir ⁴⁴⁶. *Yurtcan* ve *Gökcan* da, ceninin yaşamının, annenin yaşamının ve sağlığının yanında, genel ahlak ve devletin nüfus politikasının ve belirli süreler içinde istenmeyen gebeliklere son verebilme olanağı tanındığı için, kadının cinsel özgürlüğünün de bu suçla korunan değerler olduğu görüşüne katılmaktadırlar ⁴⁴⁷. Ayrıca *Gökcan*, gelecek neslin hayatını sürdürmesindeki toplumsal yarar ile babanın çocuk sahibi olma hakkını da bu yararlar arasında saymaktadır ⁴⁴⁸.

Dönmez, korunan hukuksal değerlerin hepsinin somut olguda bir arada bulunması gerekmediğini, bazen annenin yararları ile ceninin yararlarının çatışabileceğini, TCK m. 99 birinci ve ikinci fıkralarda ve m.100'de ⁴⁴⁹ farklı düzenlemeler yapılmış ve farklı cezalar öngörülmüş olmasının da bundan kaynaklandığını ifade etmektedir ⁴⁵⁰. Buna göre TCK m.99/1'de ceninin yaşam hakkının yanı sıra annenin sağlık ve vücut bütünlüğü öncelikli olarak korunmakta iken, aynı maddenin ikinci fıkrasında korunan hukuksal değer öncelikle ceninin yaşam hakkı olduğu belirtilmektedir. Kanun koyucu rızaya dayalı olarak çocuk düşürmeyi belirli süreler içinde yapılması koşuluyla suç olmaktan çıkarırken, asıl olarak annenin haklarını korumakta, ceninin gelecekteki yaşam hakkı ise ikinci planda kalmaktadır. Yazar, gelecekteki yaşam hakkı ve annenin sağlığının yanında, genel ahlak ve devletin nüfus politikasının korunduğu görüşünü de paylaşmaktadır ⁴⁵¹.

Kurt ise, gebe kadına ve cenine ait değerlerin, genel ahlak ve devletin nüfus politikasına göre daha fazla öne çıktığını belirtmektedir. Yazara göre, rızası olmaksızın kadının gebeliğinin sonlandırılması bakımından anne ve cenin bir bütün olarak korunmakta iken, annenin rızasıyla gebeliğin sonlandırılması durumunda anne ve cenine ait değerler, yani gebe kadının vücut bütünlüğü, yaşam hakkı, maddi ve manevi gelişimi ve özel hayatı

446 KANBUR, Mehmet Nihat, Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu, V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, s: 1231-1232.

447 YURTCAN, s: 45; GÖKCAN, s: 607.

448 GÖKCAN, s: 607.

449 TCK m.100: Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis ve adli para cezasına hükmolünür.

450 DÖNMEZ, s: 108, 109.

451 DÖNMEZ, s: 108.

ile ceninin yaşam hakkı çatışmaktadır⁴⁵². *Erman* da gebeliğin sonlandırılmasında doğmamış çocuğun yaşama hakkı ile annenin insan onuru, yaşamı, bedensel bütünlüğü ve kişiliği üzerindeki haklarının çatışma içinde olabileceğinden, ceninin yaşam hakkının annenin vazgeçilemeyecek hakları ile sınırlı olduğundan söz etmektedir⁴⁵³.

Ünver, bu suçla korunması amaçlanan hukuksal değerlerin birden fazla olduğu görüşündedir. Yazara göre, ceninin yaşam hakkı, ayrıca gebe kadının vücut bütünlüğü, nüfus planlamasındaki bireysel ve toplumsal yararlar, çocuk ve annenin sağlık hakkı ve üreme, soyu devam ettirme hakkı korunmaktadır. Kanun koyucu, annenin vücut bütünlüğü ve gebeliğin devamı konusundaki iradesine en fazla önemi vererek suçu, kişilere karşı suçlar içinde ele almıştır. Bununla birlikte yazar ceninin haklarının korunmasına yönelik yeni yasal düzenlemelerin de yapılması gerektiği görüşündedir⁴⁵⁴.

Kanaatimizce de bu suç ile birden fazla hukuksal değer korunmaktadır. Öncelikle m. 99/1'de annenin rızası olmadığı takdirde suçun oluşacağı öngörülmüş olduğuna göre, kadının beden bütünlüğü ve vücut dokunulmazlığının öncelikli olarak korunduğu söylenebilecektir. Rızanın varlığında eylemin suç kapsamı dışında bırakılması da kadının üreme, dolayısıyla çocuk sahibi olup olmama konusunda özgürce karar verebilme hakkının ve hatta cinsel özgürlüğünün korunduğunun bir göstergesi olarak da yorumlanabilecektir. Bunun yanı sıra bir süre kısıtlamasına gidilmiş ve bu süreyi aşan sonlandırmalarda tıbbi gerekliliklerin varlığının aranmış olması, gebeliğin büyümesi ile beraber sonlandırmanın anne sağlığı açısından daha fazla risk taşıması nedeniyle anne sağlığının da korunduğu şeklinde değerlendirileceği gibi, tersi yaklaşımla anneye ait tıbbi nedenlerle ileri haftalarda dahi sonlandırmaya izin verilmesi de yine anne sağlığının korunan hukuksal değer olduğu yönünde bir diğer değerlendirme olacaktır. Müdahalenin yetkisiz kişilerce yapılmasının suç olarak düzenlenmesi de, gebe kadının ehil olmayan ellerde riske atılmak istenmemesi nedeniyle, yine kadının sağlığının korunduğu yönünde değerlendirilmelidir. Bununla beraber, süre kısıtlamasının bulunması ve tıbben gerekmediği takdirde sonlandırmaya izin verilmemiş olması, ayrıca gebeliği sonlandıran fail ile beraber annenin de cezalandırılması fetusun yaşam hakkının da korunduğunu göstermektedir. Bizim de katıldığımız,

452 KURT, s: 71.

453 ERMAN, s: 205.

454 ÜNVER, Yener, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürtme Suçları', Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 2, Yıl 2009, s: 175, 176.

Hakeri'nin görüşüne göre, annenin ve fetusun yararlarının çatışması durumunda gebeliğin sonlandırılabilmesi, fetusun yaşam hakkının korunmadığı anlamına gelmemektedir ⁴⁵⁵.

Bunların ötesinde neslin devamının sürdürülmesi de bir korunan hukuksal değer olarak ele alınabilirken, fetal anomaliler nedeniyle sonlandırma imkanı tanınmış olması ise gelecek neslin sağlıklı olması şeklinde bir toplumsal yararın ve annenin geleceğini belirleme hakkının da korunduğunu düşündürmektedir. NPHK 2. maddesinde geçen ifade ile fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olma özgürlükleri ve ayrıca genel anlamda ülkenin nüfus politikasının da korunduğu söylenebilecektir.

B- SUÇUN MADDİ KONUSU

Bu suçun konusunun cenin olduğu konusunda öğretilerde pek çok yazar fikir birliği halindedir ⁴⁵⁶. Bununla birlikte bu yazarlardan bazıları ceninin yanı sıra gebe kadının da suçun konusunu oluşturduğunu düşünmektedirler ⁴⁵⁷. *Tezcan* ve diğerleri ise, suçun konusunun gebe kadın olduğu görüşüne katılmamaktadırlar ⁴⁵⁸.

Ünver'e göre de suçun maddi konusunu hem gebe kadının bedeni, hem de düşürülen çocuğun yaşamı ve bedeni oluşturmaktadır. Ancak ceninin eylem öncesi canlı olması gerekmekte olup, bozulmuş bir gebelik ürününün tahliyesi ise bu suçu oluşturmamaktadır. Yazara göre, eylem, öncelikle annenin vücut bütünlüğü ve yaşam hakkına, ikincil olarak ceninin yaşam hakkına saldırı niteliği taşımaktadır ⁴⁵⁹.

TCK'da cenin değil 'çocuk düşürtme' ifadesi yer almakta ve TCK 6/1. madde b bendinde 'Çocuk deyiminden; henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır' tanımlaması yapılmış olduğundan, kanunun lafzi yorumu karışıklığa yol açmakta, bu değerlendirmenin hatalı sonuçlar ortaya çıkarabileceği ileri sürülmektedir. NPHK'da ise çocuk düşürtme ifadesi yerine gebeliğin sona erdirilmesi ifadesinin kullanılmış olması da, artık TCK m.6/1-b'deki açıklamanın m. 99'daki suçun değerlendirmesi sırasında dikkate

455 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 717.

456 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 718; ARTUÇ, s: 539; KANBUR, s:1232 ; AYDIN, s:74; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s: 307; KIZIROĞLU, Serap Keskin, Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2013, Cilt: 19, S:2, Prof. Dr.Nur Centel'e Armağan, Özel Sayı, s 172; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 291.

457 ARTUÇ, s: 539 ; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 291; KIZIROĞLU, s: 172.

458 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 307.

459 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s:182.

alınmaması gerektiğini ortaya koymaktadır ⁴⁶⁰ . Biz de kanunda yer alan çocuk düşürtme teriminin yerinde kullanılmamış olduğu, suçun konusunu fetus yani ceninin oluşturduğunu, ve olası kavram karışıklığına yol açılmaması adına gebelik sonlandırması ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Suçun konusunun cenin olduğu ileri sürülürken üzerinde tartışılan bir husus da ceninin ne olduğu, cenin olma vasfının ne zaman kaybedildiği, çocuk ya da insan olma vasfının ne zaman kazanıldığıdır. Çünkü yaşamına son verilen varlık cenin olarak kabul edildiği sürece çocuk düşürtme suçu oluşurken, çocuk vasfını kazandığı anda artık çocuk düşürtme değil insan öldürme suçunu oluşturması gibi çelişkili bir durum ortaya çıkmaktadır.

Hukukumuzda ceninin tanımı yapılmamış olmakla ve konu öğretisi ve uygulamaya bırakılmakla beraber, cenin, döllenmiş yumurtanın rahim içine implantasyon (nidasyon) anından doğuma kadar geçen sürede anne rahminde büyüme ve gelişmesini sürdüren potansiyel insan ya da kişi olarak kabul edildiğine ⁴⁶¹ ve kişilik de Medeni Kanun m.28'e göre ⁴⁶² sağ ve tamamıyla doğum ile kazanıldığına göre, ceninin sağ doğmasıyla artık kişilik yani insan olma durumu ortaya çıkacak, bundan sonra çocuğa yönelik gerçekleştirilecek icrai ve ihmali hareketler yerine göre öldürme veya yaralama suçlarını oluşturacaktır. Öğretide de, suçun konusunun sağ ve tamamıyla doğumla kişilik kazanmış bir insan olması durumunda, eylemin TCK m. 99 kapsamında ele alınmayacağı, kasten veya taksirle öldürme suçları kapsamında bir değerlendirme yapılacağı ifade edilmektedir ⁴⁶³.

Ünver de, canlı doğan ceninin henüz yaşayacak olgunluğa ulaşmamış olması veya müdahale sırasında gördüğü zararlar nedeniyle ölmesi halinde çocuk düşürtme suçunun oluşacağını, ancak yaşama olasılığı bulunan ceninin sonradan yapılan müdahaleler nedeniyle ölmesi durumunda, öldürme suçunun oluşacağını belirtmektedir ⁴⁶⁴.

Cenin hangi andan itibaren insan olarak kabul edileceğinin tespitinin önem arz ettiği *Hakeri* tarafından da dile getirilmekte, Türk hukukunda ceninin insan niteliğine kavuşabilmesinin doğumun bitmesi şartına bağlı kabul edildiği, Alman hukukunda ise,

460 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 718; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 307.

461 KIZIROĞLU; s 172; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 307 ; DÖNMEZ, s: 104.

462 MK m.28: Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlü sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.

463 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 308.

464 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 183.

gerçi durum sezaryenler açısından netlik taşımadığı için eleştirilmekle beraber, ceninin insan sıfatını kazanma anının doğum ağrılarının başlaması olarak kabul edildiği ifade edilmektedir ⁴⁶⁵. Bu yaklaşıma göre, doğum ağrılarının başlamasından sonraki dönemde yapılan bir uygulama ile fetusun (çocuğun) ölmesi durumunda taksirle öldürme suçunun varlığı kabul edilmekte ⁴⁶⁶, yani Alman hukukunda yaşamın ve kişiliğin başlangıcı için doğum ağrılarının başlaması kabul edilmek suretiyle bu an daha öne alınmış bulunmaktadır ⁴⁶⁷. Yargıtay da kişi sıfatının, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kazanılabileceğini belirterek, bebeğin doğum sırasında anneden tam olarak doğmadan ölmesi sebebiyle 'kimse' sayılmayacağına karar vermiştir ⁴⁶⁸.

Çoğul gebeliklerde bir ya da birden fazla fetusun fetal redüksiyon ⁴⁶⁹ ile düşürtülmesinin amaçları ve uygulama yöntemi farklı olsa da çocuk düşürtme suçunu oluşturacağı ifade edilmektedir ⁴⁷⁰. Tıbben selektif fetosid olarak da tanımlanan bu durumda, bir ya da birden çok fetusun yaşamı kalanların gelişimine etki etmeyecek surette sonlandırılmaktadır ⁴⁷¹. Yaşamları sona erdirilen bu fetusların çocuk düşürtme suçunun konusunu oluşturduğu düşünülebilirse de, burada diğer fetusların yaşamı ve sağlığının

465 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 718 ; AYDIN s: 74.

466 İnsan olma anının tespitinin önemini açıklamak açısından şu örnek verilmektedir: "Hekim, acil bir olayda bir bayan hastaya gider. Hasta karnının alt kısmındaki kramplardan şikayetçidir ve hamile olmadığını söylemektedir. Hekim ise kadının hamile olabileceğini düşünür. Ancak buna rağmen, bu düşüncesini hastaya aktarmadığı gibi, jinekolojik bir muayene yapmaksızın sadece ilaç yazar. İki gün sonra kadın ölü bir çocuk doğurur. Alman Hukuku'nda doğum sancılarıyla yaşam başlamış bulunduğundan, hekim çocuğu taksirle öldürmeden dolayı sorumlu tutulacaktır. HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 718; AYDIN s: 74.

467 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 718.

468 Yargıtay 9 CD, E: 2008 16443/K: 2008/14064, T: 24.12.2008: Erzincan SSK Hastanesinde doktor olan sanığın 657 sayılı Kanuna tabi memur statüsünde görev yapıp yapmadığı araştırılarak hakkında 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni alınması gerekip gerekmediğinin tartışılmaması,.....765 sayılı TCK.nun 455/1. maddesinde, taksirle "bir kimsenin" ölümüne sebebiyet verilmesi eylemi suç olarak düzenlenmiş olup, "kimse sıfatının, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kazanılabileceğinden bebeğin doğum sırasında ana karnından tam olarak doğmadan ölmesi sebebiyle "kimse" sayılmayacağı, bu nedenle de eylemin bu madde kapsamında değerlendirilmesine olanak bulunmadığı, ancak sanığın fiilinin başka bir suçu oluşturup oluşturmadığı tartışılıp sonucuna göre hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi,Kanuna aykırı, sanık müdafininin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmemiş olduğundan, sair yönleri incelenmeksizin hükmün öncelikle bu sebepten dolayı BOZULMASINA, 24.12.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. Yargıtay 9 CD, E: 2008 16443/K: 2008/14064, T:24.12.2008, http://www.kararevi.com/karars/388617_yargitay-9-ceza-dairesi-e-2008-16443-k-2008-14064, Erişim T: 25.03.2014, HAKERİ, Tıp Hukuku, s 718.

469 EVANS, Mark/ JOHNSON, Mark, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed: QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara 1998, 2 133-137.

470 ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAĞIZ, TEPE, s: 291, KANBUR, s: 1233, HAKERİ, s: 719.

471 AKDENİZ, Nurten / KALE, Ahmet / ERDEMOĞLU, Mahmut / YALINKAYA, Ahmet / YAYLA, Murat, ' Etik Kurul Kararıyla Gebelikte Tahliye Edilen 126 Olgunun Geriye Yönelik Değerlendirmesi' , Perinatoloji Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 2, 2005, s: 81.

korunması, ayrıca anneyi çoğul gebeliğin getireceği risklerden korumak şeklinde özetlenebilecek tıbbi gereklilikler olduğuna göre, mevzuatta yer alan düzenlemelere uygun yapıldığı takdirde suçun oluşmadığını kabul etmek yerinde olacaktır. *Ünver*'in de belirttiği gibi bu konularda embriyonun korunmasıyla ilgili açık yasal düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır⁴⁷².

Biz çocuk düşürtme suçunun konusunun on haftaya kadar olan gebeliklerde fetusun yanı sıra annenin vücudu olduğunu da düşünmekteyiz. Çünkü annenin rızası olduğu takdirde bu süre içinde yapılan gebelik sonlandırmaları, diğer koşulları da taşınması halinde, suç olarak kabul edilmemektedir. Ancak kadının gebe olmadığı bazı durumlarda da rahmi tahliye edici nitelikte işlemler yapılmakta, hatta gebelik kendiliğinden bozulmuş ve fetusun veya eklerinin içerde kalmaya devam ettiği durumlarda da rahim tahliye edilmekte, ama durumun çocuk düşürtme suçuyla ilgisi bulunmamakta, koşulları varsa yaralama suçu oluşmaktadır. Demek ki, suçun oluşabilmesi için rahim içinde canlı bir ceninin bulunması ve bunun anne ile yaşamsal bağı koparılarak gebeliğin sonlandırılması bir ön koşul olduğuna göre ceninin de suçun konusu olduğunu kabul etmek gerekmektedir. On haftayı aşmış gebeliklerde, diğer hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğunda, annenin rızası eylemi hukuka uygun hale getirmeye yeterli olmadığından ve hatta anne de fail olarak sorumlu tutulduğundan, bu haftadan sonra suçun konusunun öncelikli olarak cenin olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

C- FAİL

Suçun failinin gebe kadın dışında herkes olabileceği belirtilmektedir⁴⁷³. Ayrıca TCK m. 99/2'ye göre tıbbi bir zorunluluk olmadığı halde, on haftadan büyük gebeliğin sonlandırılmasına rıza gösteren kadın için de bir yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüş olduğuna göre on haftanın üzerinde bir gebelik tıbbi zorunluluk olmaksızın sonlandırıldığı takdirde rıza gösteren kadını da fail olarak ele almak gerekecektir⁴⁷⁴.

472 ÜNVER, Yener, 'Hekimin Cezai Sorumluluğu', Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı, Temmuz 2007, s: 132.

473 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 177; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE; s: 291; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 306; KURT, s: 73; ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s: 137; KIZIROĞLU, s: 171; KANBUR, Nihat, 'Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu', V.Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, s: 1234, DÖNMEZ, s:109; AYDIN, s: 75.

474 KANBUR, s: 1234 ; DÖNMEZ, s: 110.

Ancak kadına yönelik bu düzenleme, sadece tıbbi zorunluluk olmaksızın on haftadan büyük gebeliğin sonlanmasına rıza göstermesi için düzenlenmiş olup kadın on haftadan küçük gebeliğini yetkisiz kişinin sonlandırmasına göz yumduğu takdirde sorumluluğuna gidilmemiştir. Zira TCK m.99/2 birinci cümleye göre, tıbbi zorunluluk olmadığı halde, kadının rızası olsa bile, on haftadan büyük gebeliği sonlandıran kişi cezalandırılırken, ikinci cümleye göre de bu eyleme rıza gösteren kadın için göreceli az olmakla beraber bir ceza öngörülmüştür. Kadının bizzat kendisi on haftadan büyük gebeliğini sonlandırmaya yönelik icrai hareketlerde bulunduğu takdirde ise TCK m.100 bağlamında çocuk düşürme suçu oluşmakta, on haftanın altındaki gebeliğini sonlandırdığında ise sorumluluk söz konusu olmamaktadır. TCK m.99/5'te ise yine kadının rızasına dayanarak, on haftadan küçük gebeliği sonlandıran yetkisiz kişi için ceza öngörülmüş ve kişinin yetkisiz olması diğer eylemlerin de nitelikli hali olarak kabul edilmiş iken, rıza gösteren kadın için m. 99/2 benzeri bir düzenleme yapılmamıştır. Bununla beraber kadının on haftanın altındaki gebeliğini yetkisiz şekilde sonlandıran failin eylemine iştirak ettiği düşünülecek olursa, bu takdirde de, on haftanın altında gebeliği yine yetkisiz bir kişi olarak bizzat kendisi sonlandırdığında sorumluluğu ortaya çıkmaz iken, başka bir failin eylemine iştirak ettiğinde sorumlu olması gibi bir tutarsızlık ortaya çıkacaktır. Bu durumda, on haftanın altında bir gebelik ister kadının kendisi ister başka biri tarafından sonlandırılınsın, kadının sorumluluğunun söz konusu olmadığını ve kanun koyucunun on haftanın altındaki bir gebeliğin sonlanmasını kadının vücuduna yönelik herhangi bir tıbbi müdahaleden farklı görmediğini düşünmenin daha doğru olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla m. 99'da faillik durumu irdelenirken gebe kadını da kapsayan 2. fıkradaki özel düzenleme haricinde, gebe kadın dışındaki herkes suçun faili olabilecektir.

Herkes suçun faili olabilmekle beraber, gebeliği sonlandırma yetkisi olmayan bir kişi tarafından sonlandırıldığı takdirde, suçun 5. fıkrada tanımlanan nitelikli hali oluşacaktır⁴⁷⁵. Gebeliği sonlandırma yetkisine ilişkin düzenlemeler, 2827 sayılı NPHK'un 5. maddesinde ve RTSHYDİT'ün 3. 4. 5. ve 7. maddelerinde yer almakta olup, buna göre, gebelik sonlandırma yetkisinin kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarına tanınmış olduğu, ayrıca Sağlık Bakanlığı'nın açtığı kursları tamamlayarak yeterlik belgesi almış hekimlere de

475 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s: 292; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 306 , AYDIN, s 75; KURT, s: 74.

sınırlı bir yetkinin tanınmış olduğu görülmektedir⁴⁷⁶. Demek ki, kurslar sonrası yeterlik belgesi almış hekimlerin yetkisi de çok sınırlı olup, on haftanın üzerinde bir gebeliği, veya MR (menstruel regülasyon) dışı bir yöntemle veya resmi tedavi kurumları dışında bir ortamda sonlandırdıklarında bu pratisyen hekimler de yetkisiz kişi durumuna düşeceklerdir. Sonuç olarak bu düzenlemelerde belirtilen kişiler dışında kalanlar, ebe, hemşire, hasta bakıcı gibi sağlık personeli ya da tıbbın başka alanlarında uzmanlaşmış doktorlar dahi olsa, gebeliği sonlandırmaya yönelik fiiller bakımından yetkili kabul edilmemektedirler⁴⁷⁷ ve nitelikli halin bunlar hakkında da uygulanması gerekmektedir⁴⁷⁸ *Artuç* ise, TCK m.99/1 ve 2' ye göre failin ancak yetkili kişi, yani m. 99/1 bakımından kadın doğum uzmanı ve yeterlik belgesi almış hekimler, m. 99/2 bakımından kadın doğum uzmanlarının olduğunu, m.99/5' te tanımlanmış nitelikli hal bakımından ise yetkili hekimler dışındaki herkesin fail olacağını belirtmektedir⁴⁷⁹.

Öğretide bir yazarın belirttiği üzere, RTSHYDİT'te sadece gebelik sonlandırma işlemi yapma konusundaki yetkili kişiye değil, aynı zamanda müdahalenin yapılabileceği yerler ve içerisinde varlığı şart olan araç ve gereçlere yönelik de düzenleme yapılmıştır. Buna göre, gebeliği sonlandırırken sadece tüzükte belirtilen vasıflara sahip olmak yeterli olmayıp, bunun yanı sıra durumun gereklilikleri dikkate alınarak gebelik sonlandırma işleminin tüzüğe uygun donanıma sahip yerlerde gerçekleştirilmesi de gerekmektedir⁴⁸⁰. Tüzükte bu konudaki hükümler 4, 5, 6 ve 9. maddelerde yer almakta ve ayrıca Tüzük'e ekli (1) ve (3) sayılı listelere işaret edilmektedir. Yazara göre, suçun failini tespit ederken tüzükte belirtilen vasıflar ve işlemin gerçekleştirildiği mekanın şartlarının da dikkate alınması gerekmektedir⁴⁸¹. Biz yazarın, gebeliğin sonlandırılacağı ortam ve koşulların tüzükte öngörülen düzenlemelere uygun yapılmadığı takdirde faillik durumunu etkilemesiyle ilgili görüşüne, yeterlik belgesi almış pratisyen veya uzman diğer hekimler açısından katılmakla beraber, kadın doğum uzmanları açısından katılmamaktayız. Bir kadın doğum uzmanının belirtilen ortamlar dışında gebeliği sonlandırmasının onu yetkisiz kişi haline getirmeyeceğini, ancak kadında bu müdahale neticesi sağlık sorunu ya da ölüm gibi bir olumsuzluk ortaya çıktığında, öngörülen koşullarda ve ortamlarda yapılmamış

476 KURT, s: 74.

477 KANBUR, s: 1236; KIZIROĞLU, s 172.

478 KANBUR, s: 1236; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 306 ; DÖNMEZ, s: 111.

479 ARTUÇ, s: 538.

480 DÖNMEZ, s: 111.

481 DÖNMEZ, s: 111.

olması nedeniyle hekimin özensiz davranışından ve ihmalden sorumlu tutulabileceğini, bunun da aynen diğer tıbbi müdahalelerde olduğu gibi taksirle öldürme ve yaralama suçları bağlamında değerlendirilebileceğini düşünmekteyiz.

Bize göre de TCK m. 99/2 ikinci cümlesinde kadının kendisi için getirilmiş düzenleme dışında suçun faili herkes olabilecektir. Ancak on haftanın altındaki gebeliklerin sonlandırılmasında, kurs sonucu yeterli kazanmış hekimlere, resmi hastanelerde, kadın doğum uzmanının gözetiminde, MR yöntemini kullanarak işlemi gerçekleştirmeleri şeklinde tanınan sınırlı yetki haricinde, kadın doğum uzmanı olmayan her fail için m. 99/5 uyarınca nitelikli halden sorumluluk söz konusu olacaktır.

D- MAĞDUR

Öğretide genel kabul görmüş görüşe göre suçun mağduru gebe kadındır ⁴⁸². *Kurt*, cenini de mağdur olarak kabul etmektedir ⁴⁸³. Buna karşılık, hukuken kişilik sağ olarak doğumla başlayıp ölümle sona erdiği için, bu nedenle yaşamayan bir varlığın veya yaşamı sona eren bir kimsenin mağdur olmasının söz konusu olamayacağı, ceninin bu suç ile yaşamı korunmakta ise de, sağ olarak doğmadığı sürece hukuken kişilik kazanamadığından mağdur olarak kabul edilmeyeceği belirtilmektedir ⁴⁸⁴. Ayrıca, bu yazara göre baba da, rızaya aykırı eylemler bakımından çocuk sahibi olma hakkı elinden alındığı için suçtan zarar görmektedir ⁴⁸⁵. Gebe kadının maddede belirtilen fiillere rıza göstermiş olması durumunda bile, bu rıza TCK 99. maddenin 2. ve 5. fıkraları uyarınca geçerli kabul edilmemiş olduğundan, yine de suçun mağduru olacağı düşünülmektedir ⁴⁸⁶. *Kanbur* ayrıca, toplumun ve kamunun da genel anlamda suçun mağduru olduğunu belirtmektedir ⁴⁸⁷. Yine öğretide bir görüşe göre, doğumların azalmasının milli gelişimi olumsuz etkileyeceği kabul edilecek olursa, toplumun da suçun mağduru olarak ele alınabileceği belirtilmektedir ⁴⁸⁸.

482 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 181; GÖKCAN, s: 607, ARTUÇ, s: 538; KANBUR, s: 1236 ; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ/ TEPE, s: 292; KESKİN KIZIROĞLU, s: 172; AYDIN, s: 76.

483 KURT, s: 74.

484 GÖKCAN, s: 607.

485 GÖKCAN, s: 607.

486 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 292.

487 KANBUR, s: 1236.

488 AYDIN, s:76.

Kanaatimizce cenin, sağ ve tamamıyla doğarak kişilik kazanmamış olduğu için *Gökcan*'ın, ceninin mağdur olarak kabul edilemeyeceği görüşüne katılmaktayız. Gebe kadın rızası olmaksızın gerçekleştirilen eylemler bakımından suçun mağduru olarak kabul edilmelidir. Her ne kadar TCK m.99/2 ve 99/5 uyarınca rızası geçersiz olduğu için mağdur olarak kabul edilmesi gerektiği *Özbek* ve diğerleri tarafından öne sürülmeğe de, kanaatimizce TCK m. 99/2 uyarınca rıza gösteren kadın için ceza öngörölmüş olması da, bu eylemde kadını mağdur olarak ele almamıza engel olmaktadır. Somut olaya göre bazen babanın da mağdur olabileceği görüşüne katılmaktayız. Toplumun mağdur olarak ele alınıp alınamayacağı ise kanaatimizce toplumun içinde bulunduğu çağa ve koşullara göre değerlendirilmesi gereken bir husus olup, örneğin cumhuriyetimizin ilk yıllarında toplum çocuk düşürtme suçunun mağduru olarak kabul edilebilecek iken, günümüzde, öğreti dışı çevrelerde dile getirildiğinin aksine, toplumun mağdur olduğunu düşünmemekteyiz.

E-MADDİ UNSUR

Bu suçun işlenebilmesi için ön koşul kadının gebe olmasıdır ⁴⁸⁹. Kadının gebe ve ceninin de anne rahminde canlı olması gerekmektedir ⁴⁹⁰. Kadın gebe değilse, çocuk düşürtme suçunun veya bu suça teşebbüs içeren hareketlerin icra edilebilmesi mümkün olmayacaktır. Kadın gebe olmadığı halde, gebe olduğu zannedilmek suretiyle gebeliğın sonlanması yönünde icrai hareketler yapılacak olursa, ortada suç konusu ve korunması gereken hukuksal değer olmaması nedeniyle işlenmez suçun söz konusu olacağı ifade edilmektedir ⁴⁹¹. *Artuç*, yargılama sırasında bu ön şartın varlığının kesin delillerle, hekim raporuyla, hatta fetusun anne rahmi içinde çekilmiş ultrasonografi görüntüleriyle ispatlanması gerektiğini, aksi takdirde çocuk düşürtme suçuna hükmedilemeyeceğini belirtmektedir ⁴⁹².

Öğretide bir yazarın İngiliz hukukundan verdiği örnekte ise, suçun oluşması için kadının gebe olması şart olmamakta, ancak failin çocuk düşürtme suçundan sorumlu

489 GÖKCAN, s: 607; ARTUÇ, s: 538; KURT, s: 74; ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s: 137.

490 ARTUÇ, s :538; KIZIROĞLU, s: 172; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 308.

491 KIZIROĞLU, s: 172; GÖKCAN, s: 607.

492 ARTUÇ, s: 539.

tutulabilmesi için kadının gebe olduğuna inanarak bu hareketleri gerçekleştirdiğinin ispat edilmesi gerekmektedir⁴⁹³.

Çocuk düşürtme suçunun oluşabilmesi açısından kadının gebeliğin kaçınıcı ayında bulunduğu önemli olmamakla beraber⁴⁹⁴, kadının rızasının bulunması halinde on haftayı aşmayan gebeliklerde yetkili kişiler tarafından gebeliği sonlandırmaya yönelik gerçekleştirilen eylemler cezalandırılmamaktadır⁴⁹⁵. Gebe kadının rızasının varlığına rağmen çocuk düşürtme suçunun oluşabilmesi için gebelik süresinin on haftayı geçmesi gerekmektedir. Gebelik on haftayı aşmamışsa rızanın varlığı suçun ortaya çıkmasına engel olacaktır⁴⁹⁶.

Suçun oluşabilmesi için hareketin ceninin ölümüne yol açması şartı arandığından, müdahalenin canlılığı devam eden cenin üzerinde etki göstermesi, yani müdahale öncesinde ceninin anne karnında yaşamsal fonksiyonlarını devam ettiriyor olması gerekmektedir⁴⁹⁷. Kalbi durmuş, dolayısıyla canlılığı devam etmeyen cenin üzerinde, çocuk düşürtme suçu işlenemeyeceğinden, bu amaçla anneye yönelik eylem, TCK 99. maddeye göre değil, TCK'nın kasten yaralama suçunun düzenlendiği 86., 87. ve taksirle yaralama suçunun düzenlendiği 89.maddeleri kapsamında değerlendirilecektir⁴⁹⁸.

Dönmezer de, ceninin, çocuk düşürmeye neden olacak hareketlerin yapılmasından önce ölmesi halinde, işlenen eylemin bu suçu oluşturmayacağını⁴⁹⁹, ayrıca rahimden tahliye edilen materyalin fetus değil de tümör gibi patolojik bir parça ya da doku olması durumunda da fiilin suç teşkil etmeyeceğini ifade etmektedir⁵⁰⁰. Yazarın dikkat çektiği bu önemli duruma, aynı zamanda hem gebelik hem tümör niteliği taşıyan bazı oluşumların bulunduğunu, kısmen gelişmiş bir fetus bulunabilmekle beraber yine de gebelik olarak ele alınmaması gerektiğini eklemekte yarar bulunmaktadır⁵⁰¹. *Gökcan* da gebelik ön şart

493 1861 tarihli Kişilere Karşı Suçlar Kanunu bölüm 58, Offences Against the Person Act 1861, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/24-25/100/section/58>, Erişim T: 28.03.2014; DÖNMEZ, s 112.

494 ARTUÇ, s: 539.

495 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 308; AYDIN, s: 79.

496 ARTUÇ, s: 541.

497 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 187; ARTUÇ, s: 540; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 308 ; AYDIN, s : 77; GÖKCAN, s: 608; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 294; KİZİROĞLU, s: 172; KURT, s: 75.

498 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 293.

499 DÖNMEZER, s: 173.

500 DÖNMEZER, s: 174, 175.

501 Bu konudaki hukuki tartışmalarda pek yer bulan bir konu olmamakla beraber, kadın hastalıkları ve doğum pratiğinde oldukça sık karşılaşılan bir olgu gestasyonel trofoblastik neoplazilerdir. Bu olgular gerçekten gebelik olup, döllenmiş yumurtanın nidasyonunu takiben oluşmaktaysa da, bazı genetik

olmakla beraber, yalancı gebelik durumunda ya da benzeri nedenlerle çocuk yerine başka bir cismin düşürülmesi durumunda bu suçun oluşmayacağını, şartları varsa kasten yaralama suçunun oluşabileceğini belirtmektedir⁵⁰².

TCK m. 99 metni incelendiğinde ‘çocuk’ teriminin kullanıldığı görülmektedir. Oysa çocuk TCK 6. maddesine göre 18 yaşını bitirmemiş kişidir. Bundan da çocuğun doğumla 18 yaşın tamamlanması arasındaki dönemde olan kişi olduğu anlaşılmaktadır. Kişiliğin sağ ve tamamıyla doğum ile başladığı dikkate alınırca burada çocuk değil ceninin söz konusu olduğu sonucuna varılmaktadır⁵⁰³. Bu görüşü diğer yazarlar da paylaşmakta ve suçun konusu olarak ‘çocuk’tan söz edilmiş ve çocuk da m. TCK 6/b’de henüz 18 yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmış olduğu için, buradaki çocuk deyimi açısından bu tanımın geçerli olmadığını belirtmektedirler⁵⁰⁴. Bu suçla doğumdan önceki yaşam korunduğu için suçun konusunu cenin oluşturabilecektir⁵⁰⁵. Çalışmamızın suçun konusu bölümünde da ele aldığımız gibi biz de bu görüşlere katılmaktayız.

Çocuk düşürtme suçunu oluşturan eylemin, gebe kadına yönelik olarak yapılan, onun fetusu (cenini) düşürmesini sağlayıcı nitelikte, kadının kendisi dışında birisi tarafından gerçekleştirilen her türlü hareketi kapsamakta olduğu⁵⁰⁶, ceninin oluşmasını önleyici hareketlerin ise, çocuk düşürtme suçunu oluşturmayaacağı, yine çocuk doğduktan sonra da bu suçun işlenmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁵⁰⁷.

Genel olarak kabul edildiği üzere cenin sıfatının, dolayısıyla hukuksal korumanın başladığı dönem döllenmiş yumurtanın rahim iç tabakasına oturması olan nidasyon olup döllenmeden itibaren yaklaşık yedi gün sonra gerçekleştiği kabul edilmektedir⁵⁰⁸. Bu nedenle nidasyonu önlemeye yönelik olan fiillerin çocuk düşürtme fiili kapsamında

bozukluklar nedeniyle, hücresel bölünme devam ederken beklendiği üzere normal bir embriyo ve plasenta değil, anormal bir hücre topluluğu meydana gelmektedir. Kısmi şekillerinde embriyo oluşabilmekte ise de, bu yapı normal bir gebelik olarak ele alınmamaktadır. Bu olgu Tüzük’e ekli (2) sayılı listede ‘kadın ve doğum hastalıklarına bağlı nedenler’ başlıklı A-kategorisinin 4.maddesinde mol hidatiform olarak sayılmışsa da, bazen malign de seyrebilen başka tipleri de bulunmaktadır. Bu olgu temelde bir gebelik olsa da ve büyümeye devam etse de anormal bir yapı olarak kabul edilmektedir. SCHMİDT-MATTHIESEN/ HEPP, s 147.

502 GÖKCAN, s: 609.

503 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 718, TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 307; KIZIROĞLU, s: 172; KURT, s: 75.

504 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 307.

505 ARTUÇ, s: 540; DÖNMEZ, s: 106; AYDIN, s: 723; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 307.

506 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 308, HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 720, AYDIN, s: 76, ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s: 294.

507 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 721, ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s: 293; AYDIN, s: 76.

508 KIZIROĞLU, s: 172; DÖNMEZ, s: 105; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 307.

değerlendirilmeyeceği belirtilmektedir⁵⁰⁹. Örneğin, önlem alınmadan gerçekleşen cinsel beraberliklerden sonra kadına ertesi gün hapı verilmesi, çocuk düşürtme suçunun maddi unsuru olarak kabul edilmeyecektir⁵¹⁰. Gebeliği önleyici etkileri, döllenmiş yumurtanın rahim içine yerleşmesini önlemek şeklinde olan rahim içi araçların kullanımının da gebeliği sonlandırma veya çocuk düşürtme olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir.

Suçun ancak icrai bir hareketle işlenebileceği belirtilmektedir⁵¹¹. Aynı zamanda bir netice suçu olan çocuk düşürtme suçu, serbest hareketli bir suç olup⁵¹² kanun hükmünde hareketin işleniş şekli ve araçlar açısından bir sınırlandırma yapılmadığı görülmektedir. Dolayısıyla ceninin düşürtülmesine yönelmiş olan her türlü hareket suçun maddi unsurunu oluşturabilecektir⁵¹³. Önemli olan yapılan hareketin veya kullanılan araçların çocuğun düşmesine elverişli olmasıdır⁵¹⁴. Bu müdahalenin belirli bir şekilde olması, örneğin doğrudan rahim içine yönelik cerrahi bir müdahale şeklinde gerçekleştirilmesi gerekmeyip, RU-486 (mifepriston) gibi bir farmakolojik ajanın kullanılması suretiyle dolaylı olarak da ceninin yaşamının sona erdirilmesi mümkün olmaktadır⁵¹⁵.

Her ne kadar çocuk düşürtme suçunun sadece icrai bir hareketle gerçekleştirilebileceği kabul edilmiş olsa da, hekimler tarafından ihmal suretiyle de işlenebilmesi olasıdır diye düşünmekteyiz. Düşük tehdidi olguları ile çok sıklıkla karşılaşılmakta ve bazen bunları durdurmaya yönelik bir tıbbi müdahale yapılmadığında gebeliğin kaybedileceği, gerekli müdahale yapıldığında da devamının sağlanacağı kuvvetle öngörülmektedir. Burada annenin gösterdiği rıza belirleyici olacaktır. Taşıdığı ceninin kurtarılmasına yönelik olsa ve gebeliğin devamı kendi yaşamı ve sağlığı için herhangi bir tehlike taşıyor dahi olsa, kadının vücut bütünlüğüne ve dokunulmazlığına yönelik hiçbir müdahaleye rıza göstermeye zorunlu olduğu şeklinde bir görüş ileri sürülemeyeceğinden, gebe kadın, gerekli tedaviye rıza göstermediği için gebelik düşükle sonlansa, çocuk düşürtme suçundan söz edilemeyeceği ortadadır. Ancak gebe kadının bir düşük tehdidinde

509 KIZIROĞLU, s: 172; DÖNMEZ, s: 105; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 308; KURT, s: 75.

510 KIZIROĞLU, s: 172; DÖNMEZ, s: 105.

511 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 307; AYDIN, s: 77; GÖKCAN, s: 608.

512 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 308; YURTCAN, s: 75; ARTUÇ, s: 540; DÖNMEZ, s: 111; AYDIN s: 76; GÖKCAN, s: 608; KIZIROĞLU, s: 173; KURT, s: 75.

513 DÖNMEZER, s:184; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 308, ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, s: 294; YURTCAN, s: 75; AYDIN, s: 76; GÖKCAN, s: 608-609; KIZIROĞLU, s: 173; KURT, s: 75.

514 ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s: 137; AYDIN, s: 76; ARTUÇ, s: 540.

515 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 721; AYDIN, s: 77; DÖNMEZ, s: 113; GÖKCAN, s: 608; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 308.

ya da erken doğum tehdidinde, gebeliğin devamı için gereken tıbbi müdahaleye rızası var ve buna rağmen bu müdahale hekim tarafından uygulanmıyorsa, ihmal suretiyle çocuk düşürmeden sorumluluğun oluşabileceği kanaatindeyiz. Bu durumda TCK m.87/2 e bendine ⁵¹⁶ göre kasten yaralamanın nitelikli halinin oluştuğu düşünülebilirse de, ihmali hareket anneyi yaralama değil çocuğu düşürtme kastıyla yapıldığı takdirde çocuk düşürtme suçu ortaya çıkabilecektir.

Çocuk düşürtmeye yönelik hareketin yapılması neticesinde fetusun anne karnında ölmesi ya da yapılan sonlandırma neticesinde çocuğun doğduktan sonra ölmesi suçun oluşması açısından önem arz etmemektedir ⁵¹⁷. Ceninin ölmesi ile beraber gebeliğe ait dokular rahim içinde durmaya devam etse bile canlılıklarını ve gelişme potansiyellerini kaybetmiş olacaklarından ceninin anne karnında ölmesinin ardından rahim tahliye edilmemiş olsa bile yani cenin anne karnında kalmış olsa bile suç işlenmiş olacaktır ⁵¹⁸. Bir başka ifadeyle, suç ceninin öldürülmesi ile tamamlanmış olup, ceninin veya plasentanın rahimden çıkarılması aranmamaktadır ⁵¹⁹.

Buna karşın, düşürtme eylemine bağlı olarak erken doğum gerçekleşir ve yaşama yeteneği bulunan çocuk doğumdan sonra öldürülürse, eylem kasten insan öldürme suçu olarak ele alınmaktadır ⁵²⁰.

Doğumdan sonraki yaşam kasten ya da taksirle öldürme suçları kapsamında korunduğundan, çocuğun yaşamını sona erdiren hareketin çocuğun doğmasından önce mi yoksa sonra mı gerçekleştirildiği yolunda şüpheler varsa, bu şüphenin sanık lehine değerlendirilmesi ve kasten ya da taksirle öldürme suçunun değil, çocuk düşürtme suçunun bulunduğu kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir ⁵²¹. *Hakeri*, gebeliğin sonlandırılması neticesinde sağ olarak dünyaya gelen çocuğa hekimin müdahale etmemesi nedeniyle çocuğun ölmesi halinde, artık suçun konusunu bir insan oluşturduğu için, ihmali hareketle öldürme suçunun oluşacağını ifade etmektedir ⁵²². Bu durum karşısında bir diğer

516 TCK m.87/2-e: Kastan yaralama fiili, gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine, neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, iki kat artırılır.

517 GÖKCAN, s: 608; KURT, s: 76; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 308; DÖNMEZ s: 113; AYDIN s: 79; KİZİROĞLU, s: 174.

518 AYDIN, s: 77; KURT, s: 75.

519 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 721; AYDIN, s: 79-80; KURT, s: 75.

520 GÖKCAN, s: 608; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 308; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 293.

521 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 183; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 307.

522 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 722.

görüŖe göre, hekimin çocuk düŖürtmeye yönelik olarak gerçekleştirilen hareketlere iŖtirak etmemiŖ olması halinde bu yönde düŖünülebileceđi, yani hekim, kendisinin gerçekleŖtirdiđi bir eylem olmaksızın dünyaya gelen çocuğa müdahale etmez ve bunun neticesinde çocuk ölüirse ihmali hareketinden sorumlu tutulacağı, ancak hekim suça iŖtirak etmiŖse, artık ihmalden dolayı ayrıca sorumlu tutulmaması gerektiği belirtilmektedir. Bu durum, öldürme kastıyla hareket edip hasmını yaralayan kiŖiden yaraladığı kiŖiye yardım etmesini beklemekten farklı olmayacaktır ⁵²³.

Uygulamada da özellikle gebeliğin ileri dönemlerinde yapılan rahim tahliyelerinde çocuğun canlı doğması sıklıkla söz konusu olabilmektedir. DıŖ ortamda yaŖayabilme yeteneğini kazanmıŖ olmadığı için çocuğun doğumdan sonra ölmesi durumunda, hangi suçun ortaya çıkacağına yönelik olarak, eğer gebelik tıbbi bir gerekliliğe dayanarak yasal Ŗekilde sonlandırılmıŖ, ancak gebelik ürünüünün ölümü cenin aŖamasında değil de kiŖilik kazanmasıyla beraber artık insan aŖamasında gerçekleŖmiŖse, baŖlangıçta suç unsuru taşımayan hareket bir anda insan öldürme suçu haline gelebilecek midir sorusuna somut olayın özelliklerine göre cevap aranmasının doğru olacağını düŖünmekteyiz. On haftadan önceki sonlandırmalarda gerek embriyonun dıŖ ortamda yaŖayabilme imkanının olmaması gerek yapılan müdahalenin doku bütünlüğünü bozucu etkisi nedeniyle böyle bir durumun ortaya çıkması kesinlikle mümkün olamayacaktır. Ancak gebelik haftasının ilerlemesiyle, özellikle viabilite (fetusun dıŖ ortamda yaŖayabilme yeteneği) sınırı olarak kabul edilen 22-24. haftaların aŖılmasıyla beraber, geöen her gün canlı doğum olasılığını arttırmaktadır. Yasal düzenlemelerimizde tıbbi zorunluluk ve doğacak çocukta ağır maluliyet nedeniyle yapılacak sonlandırmalar için bir üst sınır belirlenmemiŖtir. Tıbbi zorunluluğun ne zaman ortaya çıkacağı ya da ne zaman saptanabileceği her zaman öngörülebilir bir durum olmadığından, böyle bir üst sınırın konulmamıŖ olması bir yandan çok isabetli olmakla beraber durum aynı zamanda yapılan müdahale sonrası canlı doğum olasılığını da gündeme getirmektedir. İleri haftalarda yapılan sonlandırmalar zaten doğum ağrılarının yapay olarak erkenden baŖlatılması Ŗeklinde olduğu için, ceninin bu eylem sırasında vücut bütünlüğü de zarar görmemekte ve sağ olmanın yanı sıra tamamıyla doğum da gerçekleŖmektedir.

523 AYDIN, s: 78.

Somut olayda gebeliğin hangi nedenle sonlandırıldığına bakmak gerekmektedir. Eğer gebeliğin devamı annenin yaşamı ve sağlığı açısından bir tehlike oluşturuyorsa ve sonlandırma, anneyi bu tehlikelerden koruma maksadıyla yapılıyorsa, ya da fetusta tedavi edilebilir bir hastalık olup da rahim içinde daha fazla riske girmeden bu duruma müdahale edilmesi amaçlanıyorsa, çocuğun canlı doğmuş olması zaten istenen ve amaçlanan bir durum olup, tıbben ve hukuken gereken de onun bu canlılığının devamının sağlanmasıdır, dolayısıyla yaşamını devam ettirme yolunda gereken tıbbi müdahalenin yapılmaması artık ihmal suretiyle öldürme suçunu oluşturacaktır. Ancak gebeliğin sonlandırma kararında dayanılan neden annenin sağlığını korumaya yönelik bir zorunluluk ya da fetusta doğum sonrası tedavi edilebilir bir hastalık olmayıp yaşamla bağdaşmayan ağır bir konjenital anomali, ya da yaşamla bağdaşacak olsa bile fetus ve gelecek nesiller açısından ağır maluliyet yaratacak örneğin Down sendromu gibi bir bozukluk ise, bir başka deyişle fetusun ya da çocuğun yaşamına devam etmesi uygun görülmediği için gebelik sonlandırılıyorsa, bu durumda canlı doğum söz konusu olsa dahi, kanunun öngördüğü bir nedene dayanarak gerçekleştirilmiş ve suç olma vasfı taşımayan eylem, çocuğun canlı doğması ve aslında istenen amaca aykırı olacak şekilde yaşatılmaması nedeniyle insan öldürme suçu şeklinde değerlendirilir hale gelmemelidir. Bir başka ifadeyle, fetusun taşıdığı anomali nedeniyle gelecekte bir insan olarak yaşamına devam etme imkanı ya yok ya da yaşamına devam etmemesi zaten tıbben ve hukuken uygun görülmuş ve buna dayanarak gebelik sonlandırılmışsa, artık insan öldürme suçundan sorumluluğa gidilmemesi gerekmektedir. Bu durum özellikle yaşamla bağdaşmayan ağır anomali olgularında dikkate alınmalıdır. Nasıl ki tıbben beyin ölümünün gerçekleştiği olgularda artık organizmayı yaşatmak için bir gayrette bulunulması zorunlu tutulmaz ve kasten öldürme suçu söz konusu olmazken, örneğin beynin hiç gelişmemiş olduğu anensefali gibi çok ağır anomalilerde de yaklaşım benzer şekilde olmalıdır. Gebeliğin önceden sonlandırılmış olması bir yana, bu tür çocukların miadında spontan doğum esnasında bile feda edildikleri belirtilmektedir⁵²⁴.

Ünver, ağır özürlü de olsa, canlı doğmuş bir çocuğun ölüme terk edilmesi halinde ihmal suretiyle kasten öldürme suçunun oluşacağı görüşündedir⁵²⁵. *Hakeri* tarafından da, ağır özürlü olarak erken doğmuş bebeğin, herhangi bir tıbbi müdahaleye tabi tutulmaksızın

524 YAYLA, Murat, Fetus Hakları, Perinatoloji Dergisi, Yıl: 2005, Cilt:13, Sayı:5, s: 193.

525 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 187.

ölüme terk edilmesi halinde hekimin, ihmali davranışla kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulabileceği belirtilmektedir. *Hakeri*, Almanya’da da 25. haftada doğan 690 gram ağırlığındaki çocuğa herhangi bir tıbbi müdahalede bulunmaksızın, bir örtü içinde bırakan hekimin sorumlu olduğunun ileri sürüldüğü ancak savcılığın takipsizlik kararı verdiği bir olgunun ⁵²⁶ hatalı olarak değerlendirildiğini, yaşı ve organlarının yapısı itibarıyla anne rahmi dışında yaşama şansı olmayan yeni doğmuş çocukların da insan öldürme suçunun konusu olabileceğini ileri sürmekte, bu çocukların da tıbbi destek görmeye hakları olduğunu, çocuğun icrai bir hareketle öldürülmesi söz konusu olmasa bile, gereken müdahalenin yapılmamasının ihmali suretiyle öldürme suçunu oluşturacağını ifade etmektedir ⁵²⁷.

Kanaatimizce, çocuğu öldürmeye yönelik icrai bir hareket öldürme suçuna vücut verecektir, ancak çocuğun yaşamaması amaçlanarak gebelik erkenden sonlandırılıp, sonra da yaşatmak için müdahalede bulunulması çelişkili bir durum oluşturmaktadır. Gerçi bu durumda çocuğa müdahale etme yetkisinin gebeliği sonlandıran kadın doğum uzmanında değil pediatri yani çocuk hastalıkları uzmanında olması ayrıca bu hekimlerin de sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Sonlandırma işlemi, özürlü bir çocuk sahibi olmak istemeyen annenin rızasıyla yapılmış olduğuna göre, canlı doğan çocuğun yasal temsilcisi durumunda olan annenin rızasının da dikkate alınması gerekmektedir. Annenin rıza göstermemesine rağmen hekimin TCK m.25/ 2’deki genel zorunluluk haline dayanarak müdahalede bulunabileceğini düşünmek de, özellikle madde metnindeki ‘bilerek neden olmadığı’ ifadesi de dikkate alındığında yine bir çelişki oluşturmaktadır.

Bize göre, hangi fetal anomalilerde kaçınıcı haftaya kadar gebeliğin sonlandırılmasına izin verileceği, fetusta ağır maluliyet durumlarında yapılan viabilite sonrası sonlandırmalarda canlı doğuma engel olmak üzere alınması gereken önlemlerin neler olacağını, mesleki guide-line’ların (uygulama kılavuzları) ötesinde mevzuatta da açıkça hüküm altına alınması gerekmektedir. Bununla beraber yenidoğan çocuğa elbette ki acılarını hafifletecek destek müdahalelerin yapılması gerekmektedir. Yapılmadığı takdirde koşulları varsa eziyet suçunu oluşturabileceğini de düşünmekteyiz.

526 Oldenburg Savcılığı, 3.5.1999 tarihli takipsizlik kararı, NStZ 1999, 461 vd.;hekimlerin kürtaj sonrası çocuğu ölüme terk etmelerinin nedenlerinden biri de özürlü çocuğun yaşaması durumunda , kürtajın başarısız olması dolayısıyla ebeveynin, çocuğun ömür boyu bakım masraflarını ve manevi tazminatı hekimden talep etmelerinin mümkün olmasıdır, WIEBE, s: 73, aktaran HAKERİ,Tıp Hukuku, s: 719.

527 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 719.

Açıkladığımız sorunlara yol açmamak üzere, fetusta ağır sakatlıklar nedeniyle yapılan sonlandırmalarda hekimlerin aldığı bir önlem de fetosid (fetisid, fetusun anne rahmi içindeyken bazı müdahalelerle henüz rahim tahliye edilmeden önce öldürülmesi) uygulamasıdır. Bu uygulamada henüz rahim tahliyesi gerçekleştirilmeden önce genellikle fetal kalbe bazı farmakolojik maddeler uygulanarak fetusun anne rahmi içinde yaşamına son verilmektedir. Gebeliğin hangi yöntemle sonlandırılacağı tıbbi esaslara göre belirlendiğinden, rahim tahliyesi öncesi böyle bir uygulamanın yapılmasında da yasal yönden bir sakınca olmadığı gibi, hem sonlandırma işleminin daha kolay ve kısa sürede yapılmasına imkan vermekte, hem de çocuğun canlı doğması nedeniyle ortaya çıkacak hukuki sorunlara engel olmaktadır. Bununla beraber, az önce de belirtildiği üzere, bu konuda açık yasal düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç olduğu düşüncesindeyiz.

Suçun oluşabilmesi açısından gerçekleştirilen hareketle meydana gelen netice arasında nedensellik bağının bulunması, yani meydana gelen neticenin, failin ceninin yaşamsal faaliyetini sona erdirmeye yönelik hareketinin sonucunda ortaya çıkması ve bunun objektif olarak faile isnat edilebilmesi gerekmektedir⁵²⁸. Hareketle netice arasında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda, netice faile yüklenemeyecektir⁵²⁹. Cenin zaten daha önceki bir zaman aralığında ölmüş ise artık nedensellik bağından bahsetmek de mümkün olamayacağından, bu takdirde anneye yönelik yaralama suçu söz konusu olabilecektir⁵³⁰. Yine kadına yapılan müdahalenin gebeliğin sonlanmasına yol açar bir niteliği yoksa da nedenselliğin olmadığını düşünmek yerinde olacaktır. Bu özellikle rahim içine yönelik bir müdahale yapılmayıp gebe kadına bazı ilaçların uygulandığı durumlarda söz konusu olabilecektir. Gebeliği sonlandırıcı özelliği olmayan bir tedavi sonrası gebelik başka bir nedenle kendiliğinden düşüğe ilerlediği takdirde arada nedensellik bağının olmadığını düşünmek gerekmektedir.

F- MANEVİ UNSUR

Çocuk düşürtme suçunun manevi unsurunun kast olduğu belirtilmektedir⁵³¹. TCK m. 21/1'e göre kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek

528 KANBUR, s: 1241; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 295.

529 AYDIN, s: 80.

530 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 724.

531 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 183; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 725; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 310; ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s: 137; KIZIROĞLU, s: 175; GÖKCAN, s: 613; KURT, s: 76.

gerçekleştirilmesidir. Failin iradesinin çocuk düşürmeye yönelik olması, hareketini bilerek ve isteyerek yapması gerekmektedir⁵³².

Genel kastın yanı sıra suç olası kastla da işlenebilecektir⁵³³. Olası kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğinin fail tarafından öngörülmesine rağmen fiilin, işlenmesidir⁵³⁴. Diğer bir ifade ile, fail unsurların meydana gelmesini somut olay bakımından kabullenmektedir. Bu durumda TCK m.21/2'ye göre, ceza indirimine gidilecektir⁵³⁵. Böyle bir durum düşüğe yol açıcı yan etkisi olduğu bilinen bir ilacın kadına uygulanması durumlarında söz konusu olabilecektir⁵³⁶. Örneğin kadının başka bir hastalığına yönelik olarak verilmiş ilacın düşüğe yol açması durumunda hekim eğer bu sonucu öngörmüş ve kabullenmişse olası kastın varlığından söz edilebilecektir⁵³⁷. Ancak başka kullanım alanı olmayan veya somut olayda diğer bir kullanım endikasyonu bulunmayan bir ilacın seçilmesi durumunda genel kastın varlığından söz edilebilecektir. Her ne kadar bir tıbbi müdahale niteliğinde olmasa da, çocuğun düşmesini sonuçlamış ve mahkemenin yaralama olarak değerlendirdiği bir eylemde de Yargıtay failin kastına önem vermiştir⁵³⁸. Yargıtay bu kararında, açıkça duyurulmuş olması nedeniyle failin mağdurun

532 YURTCAN, s: 76; ARTUÇ, s: 546; KANBUR, s: 1251; AYDIN, s: 81; DÖNMEZ, s: 115; GÖKCAN, s: 613.

533 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 183; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 310, HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 325, KİZİROĞLU, s: 125; AYDIN, s: 81; GÖKCAN, s: 613; KURT, s: 76.

534 TCK m.21: (1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. (2) Kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemi halinde olası kast vardır. Bu halde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda, yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.

535 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 310; DÖNMEZ, s: 115; KİZİROĞLU, s: 175.

536 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 725; AYDIN, s: 82.

537 AYDIN, s: 81.

538 Yargıtay, 3 CD E: 2006/ 2128, K: 2006/9059, T: 29.11.2006: Olay tarihinde sanıkla müdahilin çeşmeden yararlanma hususunda tartıştıkları, tartışmanın kavgaya dönüştüğü, sanığın müdahil Cemile'ye vurup sert zemine düşürdüğü, daha sonra yerde olan müdahilin karnına çıkıp oturduğu, bunun sonucunda 7-8 hafta hamile olan müdahilin çocuğunun düşmesine yol açtığı, Adli Tıp kurumu 6.İhtisas Dairesi'nin 31.12.2005 tarih ve 3699 sayılı kararı ile darp olayı ile ilgili düşük arasında illiyet bağının oluştuğu hususunun tespit edildiği, Yerel Mahkeme sanığın müdahilin hamile olduğunu bilebilecek durumda olmadığından bahisle; 5237 sayılı TCK'nın 23.maddesi yollamasıyla netice bakımından sorumlu tutulamayacağı ve fiilin de bu haliyle 5237 sayılı TCK'nın taksirle yaralamayı düzenleyen 89.maddesine dönüştüğü düşüncesiyle anılan madde gereğince sanığın cezalandırılmasına karar vermiştir. Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç, 5237 sayılı TCK'nın 23.maddesinde şöyle düzenlenmiş 'Bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.' Netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçları ise, aynı yasanın 87.maddesinde düzenlenmiş olup failin netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından 23.maddede belirtilen şekilde en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir.Diğer bir ifade ile failin 5237 sayılı TCK'nın 21.maddesindeki kastı ve olası kastı taşımaması gerekir. Somut olayımıza baktığımızda; olay öncesi 16.06.2004 tarihinde köy camii hopörlerinden hamile

gebe olduğunu bildiğini ve kadının karın bölgesine yönelik travmatik hareketi çocuğun düşmesini amaçlayarak gerçekleştirmiş olduğunu göz önünde tutmuştur.

TCK 99. maddede yaptırım altına alınan eylemlerin kasten işlenen eylemler olduğu, taksirle işlenen eylemlerle ilgili cezai bir korumanın söz konusu olmadığı, oysa taksirden dolayı sorumluluğun doğabilmesi için kanunda açık bir hükmün bulunması gerektiği belirtilmektedir⁵³⁹. Kanunda bu yönde bir hüküm olmadığı için, taksirle gebeliğin sonlanmasına yol açılması bir durumunda, failin çocuk düşürmeden cezalandırılabilmesi mümkün olmamakla beraber, anneye karşı taksirle yaralama suçunun oluşacağı ifade edilmektedir⁵⁴⁰.

Ünver, failin kastının ceninin düşürülmesine yönelik olması gerektiğini, eylemin annenin yaralanması ve ölümüne yönelik olması durumunda, sonuçta cenin düşmüş olsa dahi, yalnızca adam öldürme suçunun ortaya çıkacağını, yaralama kastıyla hareket edilip ceninin ölmesi durumunda ise, TCK m. 87/2-e uyarınca yaralama suçunun nitelikli halinin ortaya çıkacağını belirtmektedir. Çocuk düşürtme suçunun taksirle işlenmesi mümkün olmadığından taksirle çocuğun düşmesine neden olduğunda anneye karşı taksirle yaralama suçu oluşacaktır⁵⁴¹.

Prenatal tanı testleri sırasında doğrudan rahim içindeki fetusa ve eklerine yönelik invazif müdahaleler yapılabilmektedir. Bu konuda da *Ünver*, prenatal tanının çocuk düşürtmeye yönelik değil, teşhisle ilgili bir müdahale olduğunu, bir uygulama hatası nedeniyle düşüğe neden olduğunda, hem tanıya yönelik bir müdahale olması, hem de çocuk düşürtmenin taksirle işlenebilecek bir suç olmamasından dolayı, ancak taksirle

kadınların köy muhtarlığına çağrıldığı, bu çağrıya müdahilin uyararak gittiği ve hamile olduğuna dair kaydını yaptırdığı kavga olayından 4 gün önce 2.kez hamile Cemile'nin ismi hamile kadınlar arasında anons edilerek çağrı yapıldığı ve köy halkının haberdar olduğu müdahil Cemile ile ebe Fatma Girgin'in yeminli anlatımıyla anlaşıldığı, bu çağrıdan 4 gün sonra olay tarihinde köy çeşmesi başında kavga sırasında sanığın, müdahili yere yatırarak karnına oturduğu, 1970 doğumlu, evli ve bir çocuklu olan müdahilin karnına oturması köy yaşam koşulları, hayatın olağan akışı köy yerinin sosyo-kültürel yapısı itibariyle mağdurenin çocuğunun düşmesine yönelik bir davranış olduğunu öngörmesi gerektiği, belirtilen şekilde çocuğunun düşmesi sonucunu doğuran eylemde olası kasıtlı hareket edildiği ortaya çıkmış olmakla, netice bakımından çocuk düşürme sonucundan sorumlu tutulması gerektiği halde yazılı şekilde olayda uygulama yeri bulunmayan taksirle yaralama suçundan ceza verilmesi...Yargıtay, 3 CD E: 2006/ 2128, K: 2006/9059, T: 29.11.2006, GÖKCAN, s: 617.

539 HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s: 224, TEZCAN / ERDEM / ÖNOK s: 310; AYDIN, s: 81 ; KURT, s: 76.

540 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 725, TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 310; KIZIROĞLU, s: 17; DÖNMEZ, s: 115; GÖKCAN, s: 613; KURT, s: 76.

541 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 184.

yaralama suçu olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir ⁵⁴². Kanaatimizce de bu müdahaleler her zaman için düşük riskini beraberinde taşımaktadır. Ancak somut olguda, tanı için çok gerekli olmadıkları ve buna ayrıca annedeki artmış düşük riskinin de eşlik ettiği durumlarda, özellikle de kadın bu konuda yeterince aydınlatılmamış ise, hekimlerin olası kastla hareket ettikleri iddiası nadir de olsa gündeme gelebilecektir.

Hukuka uygunluk sebeplerinde yanılğı olduğu ve bu yanılğı kaçınılmaz olduğu takdirde de, failin TCK m.30/3 ⁵⁴³ uyarınca cezalandırılmayacağı belirtilmektedir. Hekimin, annenin rızasının olduğunu zannetmesi durumunda, tıbbi zorunluluk bulunduğu konusunda ya da gebelik süresi hakkında kaçınılmaz yanılğısı durumunda da TCK 30/1 hükmü uyarınca cezalandırılmayacağı ifade edilmektedir ⁵⁴⁴. Bununla beraber bu yazar da, hatalı prenatal tanı nedeniyle tıbbi zorunluluğa dayanılarak gebeliğin sonlandırıldığında, anneye yönelik taksirle yaralamanın söz konusu olabileceğini dile getirmektedir ⁵⁴⁵.

Kanaatimizce de, hekimin, özellikle gebe kadın ile aynı dili konuşmadığı ve üçüncü kişiler aracılığıyla iletişim kurduğu ve kadının rızası olmadığını açıkça ortaya koyan hareketlerde bulunmadığı veya kadının tamamen başka nedenlerle sakatlanmış bir rıza ortaya koyduğu durumlarda, yine hekimin elindeki imkanların gebelik süresini tam olarak belirlemeye yeterli olmadığı ve kadının öyküsü ve diğer hekimler tarafından tutulmuş tıbbi kayıtlara dayanarak gebelik haftasını belirlemek zorunda kaldığı durumlarda, ayrıca tıbbi zorunluluğun varlığı konusunda diğer hekimlerden veya laboratuvar ve görüntüleme birimlerinden gelen raporlara dayanarak tanı koymak ve durumu kontrol etmek imkanının olmadığı durumlarda yanılğıya düştüğünü ve kasten hareket etmediğini kabul etmek gerekecektir.

G - HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Çocuk düşürtme suçu açısından, hukuka uygunluk nedenlerine bakıldığında m. 99/1 metninden ⁵⁴⁶ ilgilinin rızasını, m. 99/2 metninden ⁵⁴⁷ tıbbi zorunluluk durumunu, ayrıca

542 ÜNVER, Yener, ‘ Genetik Teşhislere Yönelik Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Ceza Hukuku Sorumluluğu’, Tıp Hukuku Dergisi, Cilt :2, Sayı:4, Özel Sayı (Genetik Teşhisler ve Hukuki Sorunlar), Ed: HAKERİ, Hakan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s: 201.

543 TCK m.30/3: Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

544 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 737.

545 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 833.

546 TCK m.99/1: Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürtten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

genel hukuka uygunluk nedenleri olarak TCK m. 24/1 hükmünü⁵⁴⁸, m. 25/ 2 hükmünü⁵⁴⁹, ve m.26/ 2 hükmünü⁵⁵⁰ görmekteyiz. Bu konuda uygulanacak olan kanun da NPHK olup ilgili düzenlemeler kanununun 5.maddesinde⁵⁵¹ yer almaktadır.

Hakeri, tüm tıbbi müdahaleler için genel bir hukuka uygunluk nedeni olan rızanın yanı sıra, NPHK m.5 hükmü ile süre esaslı isteğe bağlı rahim tahliyesi, çocuk ve takip edecek nesiller açısından ağır maluliyet ve zorunluluk hali olmak üzere üç hukuka uygunluk nedeninin düzenlenmiş olduğunu⁵⁵², ayrıca NPHK'daki zorunluluğa ilişkin hüküm olmasa bile TCK m.25/2'ye dayanarak aynı sonuca ulaşmanın mümkün olduğunu belirtmektedir⁵⁵³.

Kanunun öngördüğü on haftalık gebelik süresi aşılmadığı takdirde, ilgilinin yani gebe kadının rızası, hekimin müdahalesini hukuka uygun hale getirmeye yeterli iken, on haftanın üstündeki gebeliklerde rızanın varlığı yine şart olmakla birlikte, tek başına yeterli olmamakta, anneyi kurtarmaya yönelik bir tıbbi zorunluluk durumunun ya da NPHK 5.maddesi, Tüzük 5.maddesi ve ek (2) sayılı listede yer alan durumlardan birinin bulunması gerekmektedir.

1- İlgilinin Rızası

İlgilinin rızası TCK m. 26/2'de düzenlenmiş olup, buna göre kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası

547 TCK m.99/2 ,1.cümle: Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

548 TCK m.24/1: Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

549 TCK m.25/2: Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

550 TCK m.26/2: Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.

551 NPHK m.5: Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir. Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir. Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir.....

552 HAKERİ, Hakan, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Girne-Amerikan Üniversitesi, Sağlık Hukuku Sempozyum Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s :28.

553 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 725.

çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmeyecektir. Anayasa'nın 17. maddesinde, *'tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz'* denmekte, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun Korunması Sözleşmesi ya da daha sık kullanımıyla İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde⁵⁵⁴, 1219 sayılı TŞSTİDK 70. maddesinde, HHY'nin 5., 22., 24., 28., 30., 31. maddelerinde bu konuda hükümler yer almaktadır.

TCK m. 99/1 hükmüne göre gebelik kadının rızası olmaksızın sonlandırıldığında çocuk düşürtme suçunun oluşacağı hüküm altına alınmış ve kadından başka kimsenin de rızası aranmamıştır. Çünkü burada şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak ve ehliyet söz konusu olup, kadının kendi vücut bütünlüğü ve rahminde taşıdığı ceninin geleceği hakkında karar vermesi gerekmektedir⁵⁵⁵. Bununla birlikte yazarlar, rızanın hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliğe ilişkin bir unsur olduğunu, gebe kadının verdiği rıza üzerine gerçekleştirilen eylemlerin daha en başından itibaren hukuka aykırılık taşımayacağını belirtmektedirler⁵⁵⁶. Gebe kadının rızasının bulunmaması durumunda fail, rahim tahliyesine yetkili olsun ya da olmasın, gebelik süresi on haftayı geçsin ya da geçmesin çocuk düşürtme suçu oluşmaktadır. Buna karşılık gebeliğin sona erdirilmesine kadının rızası varsa, on haftaya kadar olan gebelikler yetkili kişi tarafından sonlandırıldığında suç oluşmamaktadır⁵⁵⁷. *Kızıroğlu* da gebe kadının rızasını bir hukuka uygunluk nedeni değil, suçun maddi unsuru kapsamında değerlendirmektedir⁵⁵⁸. *Tezcan* ve diğerleri de kadının rızasını maddi unsur içinde ele almışlardır⁵⁵⁹

Hukuken geçerli rızanın, yapılacak müdahalenin niteliği, kullanılacak araç ve metodlar, yan tesirleri, olası riskleri, sonuçları, süresi, kimin tarafından, nerede, nasıl yapılacağı hususunda yeterince yerine getirilmiş aydınlatma yükümlülüğü sonrası özgür

554 Biotıp Sözleşmesi m.5: Genel kural:Sağlık alanında herhangi bir girişim, ilgili kişinin bu girişime özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde rıza(onam) vermesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, girişimin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, verdiği onamı her zaman, serbestçe geri çekebilir.

555 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 297.

556 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 297.

557 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 311; GÖKCAN, s: 610; ARTUÇ, s: 547.

558 KIZIROĞLU, s: 175.

559 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 309.

irade ile açıklanan rıza olduğu ⁵⁶⁰, aksi halde tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olacağı belirtilmektedir ⁵⁶¹. Bu konu İnsan Hakları ve Biotıp Sözleşmesi'nde, ayrıca HHY'de düzenlenmiş olup, söz konusu eylemlerin doğuracağı olumlu ve olumsuz tüm etkilerin, neticelerin ve olası başka durumların kişilere açıklanması şeklinde olmaktadır ⁵⁶².

Aydınlatma, müdahaleye rıza gösterecek olan kişinin müdahalenin sonuçları hakkında yeterli şekilde bilgilendirilmesi ⁵⁶³, ya da daha geniş bir açıklama ile, gerçekleştirilecek müdahalenin amacı, kapsamı, çeşidi, neticeleri, ortaya çıkması muhtemel tehlikeli sonuçları, müdahalede bulunulmadığı takdirde olası sonuçlar hakkında bilgi verilmesi şeklinde tanımlanabilmektedir ⁵⁶⁴. Aydınlatma, müdahalenin yürütülmesinden sorumlu hekim tarafından gerçekleştirilecek olmakla beraber, istisnai olarak, hastanedeki işbölümü gereği bu yükümlülük müdahaleyi gerçekleştirecek hekimin bir başka meslektaşı tarafından da yerine getirilebilecek ve aydınlatma yükümlülüğü geçerli rızanın oluşabilmesi için şart olduğu için de doğal olarak müdahalenin yapılmasından önce yerine getirilecektir ⁵⁶⁵.

TCK'da ve HHY 28. maddesinde ilgili kişi tarafından verilmesi gereken rızanın şekli konusunda herhangi bir düzenleme getirilmemiş olmakla beraber 8.5.2014 tarihinde yönetmeliğin diğer bazı maddeleriyle beraber 26. maddesinde yapılan değişiklik ile yazılı bir rıza formunun hazırlanması öngörülmüştür ⁵⁶⁶. TŞSTİDK m.70'de de büyük cerrahi girişimler için rızanın yazılı olması gerektiği belirtilmiştir.

Öğretide bazı yazarlar tarafından, rızanın şeklinin uygulamada belirleneceği, ancak rahim tahliyesi gibi önemli bir müdahalede gebe kadının bilinci yerinde olmak ve uygun zaman dilimine sahip bulunmak koşulu ile yazılı olarak rızasının alınmasının uygun

560 ÜNVER, Yener, Türk Tıp Hukukunda Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı:2, Yıl 2006, s: 239.

561 AYDIN, s: 87.

562 ERMAN, s: 102,108, 109.

563 ERMAN, s 99; DÖNMEZ, s: 117.

564 ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri, s: 10; DÖNMEZ, s: 117.

565 ERMAN, s: 103,123; DÖNMEZ, s: 118, AYDIN, s: 89.

566 Rıza Formu- HHY. m. 26: Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılarak rıza formu hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konular, diğeri ise hastaya veya kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir.

olacağı, ancak rızanın mutlaka yazılı olarak alınmaması durumunda da, eylemi kesin bir şekilde hukuka aykırı saymanın mümkün olmayacağı, yazılılığın bir ispat aracı olduğu yoksa verilen rızanın geçerlilik şartı olmadığı, fakat rızanın alınmasından önce mutlaka gebe kadın ve varsa yakınlarının müdahale hakkında kapsamlı bir şekilde aydınlatılması gerektiği belirtilmektedir⁵⁶⁷.

Bir kadın açıkça söylememiş bulunmakla birlikte kendisine gebeliği sonlandırma işlemleri uygulandığı sırada pasif kalıp itiraz etmemişse bunun zımni rızanın varlığı yönünde değerlendirilmesi gerektiği de bazı yazarlarca ileri sürülmektedir⁵⁶⁸. *Artuç* da, kadının rızasının bulunup bulunmadığını, mahkemenin her olaya göre ayrı ayrı dikkatle belirlemesi gerektiğini, kadın açıkça söylememiş olsa da tavır ve hareketleriyle veya gebeliğine müdahale edildiği halde tamamen pasif kalmak ve karşı koymamak suretiyle zımnen rıza göstermişse TCK m. 99/1'in değil, fakat koşulları varsa m. 99/2'nin söz konusu olacağını belirtmektedir⁵⁶⁹.

Ünver ise müdahaleye karşı konulmamış olmasının her zaman rızanın varlığı yönünde değerlendirilemeyeceği ve bu şekilde değerlendirmenin hatalı sonuçlara götüreceği görüşündedir⁵⁷⁰. Kadının rızaya ehil olmaması, cebir, şiddet, tehdit, müdahalenin niteliği ve sonuçları konusunda yanılma gibi nedenlerle rızanın sakatlanmış olması, akli ve bedeni bir rahatsızlığın etkisi gibi nedenlerle rıza geçersiz olabilecektir⁵⁷¹. Kadının rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olması için, özgür iradeyle verilmiş, hukuken geçerli bir rıza olması ve kadının öncesinde amaca uygun şekilde aydınlatılmış olması, müdahalenin de bu rıza kapsamında icra edilmiş olması gerekmektedir⁵⁷².

RTSHYDİT'ün 'izin belgesi' ile ilgili 13. maddesine ve ayrıca 1219 sayılı TŞSTİDK'un 5728 sayılı kanununun 38. maddesi ile değişik 70. maddesine bakıldığında, ayrıca HHY'nin yeni değişikliğe uğrayan 26. maddesine bakıldığında, yazılı bir rızanın gerekli olduğu sonucuna varılmaktadır. RTSHYDİT'e ekli izin belgesinin gebe kadın ve varsa rıza vermeye yetkili diğer kişiler tarafından imzalanmış olması gerekmektedir⁵⁷³. Tüzüğe ekli izin belgesinde aydınlatma ile ilgili herhangi bir içerik olmamakla beraber,

567 KANBUR, s: 1249; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 300.

568 DÖNMEZER, s: 178.

569 ARTUÇ, s: 539.

570 ÜNVER, Türk Tıp Hukukunda Rıza, s: 268.

571 ÜNVER, Türk Tıp Hukukunda Rıza, s: 267.

572 ÜNVER, Türk Tıp Hukukunda Rıza, s: 269.

573 GÖKCAN, s: 610.

yasal düzenlemelerde yer aldığı için usulüne uygun şekilde kadın tarafından ve gerekiyorsa yasal temsilciler tarafından okunmuş, anlaşılmış ve imzalanmış olması da gerekmektedir. Ancak müdahalenin yapılması, riskleri ve sonuçları açısından bir aydınlatma içermediği de görülmektedir.

Öğretide bir görüşe göre, çocuk düşürtme suçunun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran rızanın mutlak anlamda değerlendirilmemesi gerekmekte, rızanın varlığının, hekimin tıbbi müdahale sırasında gerçekleştirdiği muhtemel kusurlu davranışlar sonucu oluşan zararlar bakımından diğer eylemlerini kapsamayacağı, diğer bir ifade ile, gebeliği sonlandırmak amacıyla kadın tarafından verilen rızanın, hekimin özenli bir tıbbi müdahalede bulunma sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, hekimin tıbbi müdahale sırasında muhtemel kusurlu davranışlarıyla, annenin vücut bütünlüğüne veya yaşamına yönelik zarar oluştuğu takdirde, rızanın hekimi sorumluluktan kurtarmayacağı, bu takdirde hekimin, taksirli veya kasti davranışlarının sonucu oluşan diğer suçlar bakımından sorumlu olacağı, dolayısıyla gebe kadının rızasının, hekimin taksirli veya kasti eylemlerini de hukuka uygun hale getirmediğini belirtilmektedir⁵⁷⁴. Buradan gebe kadının gebeliğini sonlandırmak için verdiği rızanın müdahaleyi hukuka uygun hale getirdiği, ancak annede ortaya çıkabilecek yaralanma ve ölüm gibi sonuçlar için koruma sağlamadığı, bunun için gebe kadının müdahalenin riskleri ve sonuçları konusunda detaylı şekilde ayrıca aydınlatılıp onamı alındıktan sonra müdahalenin gerçekleştirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Kanaatimizce, on haftanın altında, annenin isteğine bağlı bir gebelik sonlandırmasında, kadının müdahale konusunda yeterince aydınlatılmamış olmasının, rızayı geçersiz kılarak çocuk düşürtme suçunu gündeme getirmesi doğru bir yaklaşım değildir. Bu durumda hekim koşulları varsa taksirle ve kasten yaralama suçlarından sorumlu tutulabilecektir. Çünkü yapılan müdahale neticesinde gebeliğin ortadan kalkması, gebe kalınan çocuğun doğmaması, gebe kadının bildiği, istediği, hekime başvurmasına neden oluşturan durumdur. Dolayısıyla kadının rızası hata, hile, tehdit gibi bir nedenle sakatlanmış olmadıkça, gebeliğin sonlanması yönünde doldurup imzalayacağı izin belgesi, müdahale konusunda yeterince aydınlatılmış olmasa dahi, kadının, gebeliğin sonlanması yönündeki rızasını ortaya koymaya yeterli olacaktır. Ancak gebeliğin bir tıbbi zorunluluğa

574 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 727; DÖNMEZ, s: 119.

dayanarak sonlandırılması durumunda, hastanın bu zorunluluk konusunda yeterince aydınlatılmadan vereceği rızanın gerçek iradesini yansıtmaması, dolayısıyla geçersiz olması ve çocuk düşürme suçunu gündeme getirmesi söz konusu olabilecektir.

Her ne kadar TCK m. 99'un gerekçesinde⁵⁷⁵ bu suç açısından, 2827 sayılı NPHK'da yer alan hükümler göz önünde bulundurulmak suretiyle bir düzenleme yapıldığı belirtilmekte ise de, gebeliğin sonlandırılmasına gösterilecek rızayı açıklama yetkisinin kimde olduğu konusunda anılan kanunun 6. maddesi ve atıf yaptığı Tüzük'teki 13. ve 14. maddelerdeki düzenleme ile TCK m. 99 arasında bir uyumsuzluk olduğu görülmektedir. TCK'da suç oluşmaması için yalnızca gebe kadının rızası aranmış iken, NPHK m.6'ya ve RTSHYDİT'e göre öngörülen diğer kişilere ait rızalar alınmadığı durumda TCK m. 99 hükmüne göre suç oluşacak mıdır?

Kanbur'a göre, şahsa sıkı sıkıya bağlı olan bir hak ve ehliyet söz konusu olup vücut bütünlüğü ve rahminde taşıdığı ceninin geleceği hakkında karar verme yetkisi, bilinci tam ve açık olduğu sürece, sadece gebe kadına ait bulunduğundan, eyleme yönelik rıza da sadece gebe kadın tarafından verilebilecektir⁵⁷⁶ Rızayı açıklamaya yetkili olan kadının, Türk Medeni Kanunu bakımından fiil ehliyetine sahip olmaması değil, anlama yeteneği önemli olduğu için, her somut olay bakımından gebeliği sonlandırmanın anlamını ve önemini anlayabilme durumunda olup olmadığına bakılması gerektiği öne sürülmektedir⁵⁷⁷. İlgilinin yaşının, kendisine yönelik eylemin niteliğini, önemini veya sonuçlarını, söz konusu haktan vazgeçmesinin anlamını, kapsamını ve önemini algılayabilecek durumda olmasının önemli olduğu savunulmaktadır. Bununla beraber kadının temyiz kudretinin yerinde olmaması halinde veli ya da vasisinin rıza gösterebileceği kabul edilmektedir⁵⁷⁸. Eğer hukuksal yararın sahibi bu değerlendirme ve algılamayı yapabilecek durumda değilse, bu takdirde yasal temsilciler onun yerine ve kendilerine tanınan yetki çerçevesinde bu hakkı kullanabileceklerdir⁵⁷⁹. İnsan Hakları ve Biotıp Sözleşmesi'nin 6. maddesinin de⁵⁸⁰

575 TCK m.99-Gerekçe: Çocuk düşürme ve düşürtme suçları açısından 24.5.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunda yer alan hükümler göz önünde bulundurulmak suretiyle bir düzenleme yapılmıştır. Bu Kanunun öngördüğü hükümler, bugünkü toplumsal ihtiyaçları karşıladığı kanaatinde bulunulduğundan, madde metninin düzenlenmesinde esas alınmıştır.

576 KANBUR, s: 1243.

577 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 309.

578 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, s:297; AYDIN s: 86; KANBUR, s: 1244.

579 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 309.

580 Biotıp Sözleşmesi m. 6: Rıza verme yeteneği bulunmayan kişilerin korunması :1. Aşağıda, 17 ve 20. maddelere tabi olmak koşuluyla, rızasını bildirme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi girişim, yalnız onun doğrudan yararı için yapılabilir. 2. Yasaya göre bir girişime rıza gösterme yeteneği bulunmayan

ve HHY 24. maddesinin de benzer hükümler içerdiği görülmektedir. Bununla birlikte mümeyyiz küçük ya da vesayet altında bulunan kadının rızası bulunmaksızın veli ya da vasinin rızası gebeliğin sona erdirilmesi mümkün olmayıp, bu şekilde gerçekleştirilen müdahaleler çocuk düşürtme suçunu oluşturacaktır⁵⁸¹.

Ünver de rızanın yalnız gebe kadın tarafından verilebileceğini, kadının rızası yoksa onun yerine eşi veya başka bir yakınının vereceği rızanın suçun oluşumuna engel olmayacağını, ancak kadının bilinci açık değil ve yaşamsal tehlike içindeyse, TCK m.25/2 uyarınca zorunluluk haline dayanarak hekimin rıza aramaksızın gebeliği sonlandırabileceğini belirtmektedir⁵⁸².

TCK'da kadının rızasından bahsedilmekle birlikte, kocanın rızasının alınıp alınmaması düzenlenmediği için, kanun koyucunun bu hükümde, kadının kendi vücudu üzerinde gebeliğinin onuncu haftasının sonuna kadar mutlak tasarruf hakkını kabul etmiş ve bu tasarruf hakkının kullanılması konusunda eşe hiçbir yetki tanımamış olduğunu, 'kanunilik' ilkesi gereğince de, gebelikte on haftanın tamamlanmasına kadar kadının rızasının bulunması halinde, çocuk düşürtmenin söz konusu olmayacağını belirtilmektedir⁵⁸³. Eşin rızasının bulunmaması önemsiz olup, tersi düşünüldüğünde, yani gebeliğin sona erdirilmesi bakımından kadının rızası olmamasına rağmen, sadece eşin verdiği rıza üzerine gebelik sonlandırıldığında ise, gebelik süresi ne olursa olsun, çocuk düşürtme suçunun oluşacağı ileri sürülmektedir⁵⁸⁴.

Ünver de, TCK'da sadece kadının rızasının aranmış olduğunu, ancak NPHK ve Tüzük'teki düzenlemelere göre kocanın rızasının da arandığını, oysa suç oluşmaması için kadının rızasının yeterli olduğunu ve kocanın rızasına gerek olmadığını⁵⁸⁵, daha sonra yürürlüğe girmiş olması ve suçun yasal düzenlemesini yapması nedeniyle esas alınması

bir küçüğe, yalnız temsilcisinin veya yasa tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile girişimde bulunulabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir konumda olmak kaydıyla gözönünde bulundurulacaktır.3. Yasaya göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı girişime rıza gösterme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, ancak temsilcisinin veya yasa tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile girişimde bulunulabilir. İlgili kişi olanaklar ölçüsünde izin verme sürecine katılacaktır. 4. Yukarıda 2. ve 3. maddelerde belirtilen temsilci, makam, kişi veya kuruluşa aynı koşullarda, madde 5' de belirtilen bilgi önceden verilecektir. 5. Yukarıdaki madde 2 ve 3'de belirtilen temsilciler, kişiyi daha iyi temsil edecek herhangi bir başkasının varlığında temsilcilik görevlerini ona bırakırlar.

581 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s: 297; KANBUR, s: 1244.

582 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 189.

583 GÖKCAN, s: 610.

584 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s : 298; GÖKCAN, s: 610.

585 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 190,191.

gereken kanunun TCK olduğunu ve TCK'nın, NPHK'nın eşin rızası ile hükümlerini zımnen ilga etmiş olduğunu ifade etmektedir ⁵⁸⁶.

NPHK m. 6/2 ve RTSHYDİT m.13 hükmünden de anlaşılacağı gibi eşin rızası yalnızca on haftanın altındaki gebeliklerin sonlandırmasında aranmıştır. On haftanın üzerindeki gebelik tıbbi bir zorunluluk veya kanunda tanımlanmış fetal anomali durumlarına dayanarak sonlandırıldığında eşin rızası aranmamaktadır. Kanun koyucunun, gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılmasında, karı-kocanın evlilik birliği içinde ortak karar vermelerini aramış iken, annenin sağlığı için risk oluşturan bir durumda, keza fetusta anomali varlığında, annenin vücut bütünlüğü ve geleceği üzerindeki karar verme hakkını kısıtlamak istemediği düşünülebilir. Ancak 2827 sayılı NPHK'nun 8. maddesinin , 5827 sayılı kanunun 401. maddesi ile değiştirilmesiyle, eşin rızasının alınmaması durumunda söz konusu olabilecek para cezası yaptırımını yürürlükten kalkmış olmaktadır. Fakat hükmün madde metninde yer almaya devam etmesi uygulayıcı durumunda olan hekimlerin aklını karıştırmaya devam etmektedir.

Tezcan ve diğerleri, ayrıca, TCK m.99/1'e göre, on haftaya kadar olan gebeliğin sona erdirilmesinde annenin rızasının yeterli görülüp, ayrıca gebeliğin sona erdirilmesinin annenin sağlığı açısından tıbbi bir sakınca doğurmaması gibi bir koşul aranmamış iken, NPHK m. 5'de gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin isteği üzerine gebeliğin sonlandırılması için annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmamasının arandığını belirtmektedirler. Yazarlara göre bu düzenleme karşısında annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca bulursa bile, onun rızasına dayanarak on haftaya kadar gebeliğin sona erdirilmesi, onun sağlığının bozulmasına ve ölmesine yol açtığı takdirde, kadına yönelik olarak kasten veya taksirle öldürme ve yaralama suçları gündeme gelebilecektir ⁵⁸⁷. Bununla birlikte, rızadan hukuka uygunluk nedeni olarak yararlanılabilmesi için yapılan müdahalenin annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca doğurmaması şartının da aranacağını belirten görüşler de mevcuttur ⁵⁸⁸.

Gebelik sonlandırılmadığı takdirde anne hayatı açısından ciddi tehlike oluşturabilecek bir duruma anne rıza vermediği takdirde ne olacağı sorusuna ise, *Çakmut*, kadının hastaneye bilinci yerinde gelmesi halinde mutlaka onun rızasının alınması

586 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 196, 197.

587 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 310.

588 AYDIN, s: 84.

gerektiğini, hastanın kendi geleceği hakkında ve vücudu üzerinde gerçekleştirilecek her müdahaleye ilişkin olarak olumlu ya da olumsuz vereceği kararın tamamen kendisine ait olduğunu ve onun tarafından özgür iradeye sahip olarak verilebileceğini⁵⁸⁹, *Özbek* ve diğerleri ise, rıza alınmadan vücuda yönelik müdahalelerin hukuka aykırı olacağını, çünkü gebe kadının cenin ile manevi bir bağ kurmuş olabileceğini, bu bağın her ne olursa olsun kopmamasını isteyebileceğini, bunun üzerinde mutlak surette tasarruf edebilecek bir hak olduğunu ve rıza aranması gerektiğini belirtilmektedirler⁵⁹⁰. *Özbek* ve diğerlerine göre hastanın velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde bu şartın aranmayacağına ilişkin düzenleme, yalnızca gebe kadının hayatı bakımından ağır ve muhakkak bir tehlikenin bulunduğu hallerde, kadının bilinci açık değil ve hiçbir yakınına ulaşılamadığı ve derhal müdahale edilmediği takdirde, geri dönülmez şekilde zararlar ortaya çıkacağı durumlarda uygulanmalı ve hekim mesleğinden kaynaklanan müdahale hakkını kullanmalıdır. Gebe kadının bilinci açık olarak rahim tahliyesi eylemine karşı çıkması halinde, kadının bu davranışı tedavinin reddi anlamına geleceğinden, hekimin bu iradeye uygun davranarak müdahale etmemesi gerekmektedir⁵⁹¹. *Hakeri* de, zorunluluk durumu olsa dahi bilinci açık kadının gebeliğin sonlanması için rıza vermemesi durumunda müdahale edilemeyeceğini, hayati tehlike olsa bile annenin veya veli ya da hakimnin izninin alınmasının mümkün olduğu hallerde, rıza olmaksızın yapılan müdahalenin suç oluşturacağını belirtmektedir⁵⁹².

Ünver de, tıbbi zorunluluk durumu olsa bile kadının rızasının en belirleyici unsur olduğunu, zorunluluk durumunun, kadının rızasına karşın gebeliğin sonlandırılabilirliği anlamına gelmediğini, kadının bilinci yerinde ise, tıbbi zorunluluk olsa dahi, rızası alınmadığı takdirde, eylemin hukuka aykırı olacağını ifade etmektedir⁵⁹³.

Hasta Hakları Yönetmeliği m.24 de bu konuda düzenlemeler içermektedir.

Buna karşılık zorunluluk durumunda, TCK m. 99/2’de yer alan ‘rızaya dayalı olsa bile’ ifadesine dayanarak, kadının rızası olmasa bile gebeliğin sona erdirilmesinin bu suçu oluşturmayacağını, ayrıca NPHK m. 6 son fıkrasında da iznin şart tutulmamasının da aynı

589 ÇAKMUT, *Tıpta Aydınlatma ve Rıza*, s: 10.

590 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 299, 300.

591 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 299, 300.

592 HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s: 726.

593 ÜNVER, *Çocuk Düşürtme ve Düşürme*, s: 193, 194.

sonuca ulaştırdığını dile getiren görüşler de bulunmaktadır ⁵⁹⁴. *Artuç* da, acil ve derhal müdahale edilmediği takdirde telafisi güç zararlar ortaya çıkacaksa, gebe kadının rızasının aranmayabileceğinden söz etmektedir ⁵⁹⁵. *Bayraktar* da, zorunluluk halinde kadının hayatını başka türlü kurtarmanın imkanı yoksa, rızası olmamasına rağmen gebeliğın sonlandırılabilceğini, çünkü rıza vermemekle kendi hayatı üzerinde hukuka aykırı olarak tasarrufta bulunduğunu belirtmektedir ⁵⁹⁶. Öğretide annenin yaşamı tehlikedeysse rızanın aranmayacağını düşünen başka yazarlar da mevcuttur. Buna göre, gebe kadına derhal müdahale edilmediği taktirde hayatı ve hayati organlarından birini tehdit eden acil hallerin varlığında, gerekli izinleri almak zamana ihtiyaç gösteriyorsa, rıza alınmadan kadının gebeliğine son verilebilecektir. Eğer annenin yaşamı veya yaşamsal organlarından biri tehlike içinde ise, bu husus, ceninin yaşama umudundan daha önemli kabul edilerek yalnızca bu durumda izin almadan gebeliğe son verilebileceği ifade edilmektedir ⁵⁹⁷.

Kişinin bilincini yitirmesi durumunda, hayatı tehlikenin ortadan kaldırılması için acil bir müdahale gerekiyorsa, *Çakmut*, hekimin hastanın varsayılan rızası çerçevesinde müdahalede bulunabileceğini ileri sürmektedir ⁵⁹⁸. Bu durumda, hekimin tıp biliminin kuralları ve genel uygulama çizgisi çerçevesinde hareket etmiş olması ve hastasını iyileştirme amacı taşıması gerekli ve yeterli olacaktır ⁵⁹⁹. *Gökcan* da, mağdurun üstün yararının bulunduğu hallerde, bilgisi dışında fakat onun yararına hareket eden kişinin, varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağını belirtmektedir ⁶⁰⁰.

Ceza hukukunda varsayılan rıza, suç tipine uyan bir eylem yapılırken, hak sahibinin rızası olmadığı halde objektif ölçütlere göre rızasının varsayıldığı halleri ifade etmektedir ⁶⁰¹. Hasta o durumda olmasaydı müdahaleye rıza göstereceği kabul edilebiliyorsa, gerçekleştirilen müdahalenin hukuka uygun olacağı belirtilmektedir ⁶⁰². Varsayılan rızada hak sahibinin rızasının tersine olması muhtemel bulunan ve fail tarafından kabul edilen bir

594 TEZCAN /ERDEM / ÖNOK, s:311, 312.

595 ARTUÇ, s: 544.

596 BAYRAKTAR, s: 197.

597 KİZİROĞLU, s: 175.

598 ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 26, 27.

599 ERMAN, s 50; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 301.

600 GÖKCAN, s: 427.

601 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 165; ERMAN, s:139.

602 ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s: 211; YENİDÜNYA, Caner, 'Hekimin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu', Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Roche Müstahzarları Sanayi AŞ Makale Kitabı, İstanbul, 2009, s : 68.

rıza söz konusu olmaktadır⁶⁰³. Varsayılan rızanın kabul edilmesi, açık bir irade beyanına ulaşılmadığı durumlarda, bu beyanda bulunması gereken kişinin gerçek iradesi üzerinde bir tahminde bulunmaya ve bunun sonucuna göre hareket etmeye dayanmaktadır⁶⁰⁴.

Ünver, varsayılan rızayı, 'rıza kuramı ile bir ilgisi bulunmayan ve bu kurama dayalı olarak açıklanması olanaksız bir biçimde üçüncü kişilerin yaptığı değerlendirmeye bir müdahalenin yapılması durumu' olarak da ifade etmektedir. Varsayılan rıza ancak somut eylem açısından zorunluluk durumunda hukuka uygunluğu sağlayabilecek, aksi takdirde eylem hukuka aykırı olacak ve sorumluluk söz konusu olacaktır⁶⁰⁵.

Buna göre, hastanın rızası alınamıyor, ancak rızasının olabileceği kabul edilebiliyorsa, varsayılan rızaya dayanan hekimin hukuka uygun hareket ettiği ifade edilebilecektir⁶⁰⁶. Hastanın muhtemel rızasının belirlenmesinde, öncelikle, makul bir üçüncü kişinin bakış açısı değil, somut olaydaki hastanın kişisel durumu, bireysel yararları, arzuları, ihtiyaçları, değer yargıları esas alınacaktır. Hastanın daha önceden dile getirdiği bir iradesi varsa öncelikle buna göre hareket edilmesi gerekmektedir. İnsan Hakları ve Biotıp Sözleşmesi de bu yönde bir hüküm içermektedir⁶⁰⁷. Bu noktada hekim vakit varsa hastanın yakınlarına danışarak, varsayılan rızanın belirlenmesine yönelik bilgi almaya çalışmalıdır. Yakınların ve ilgili kişilerin iradesi, varsayılan rızanın belirlenmesinde yardımcı olabilecekse de, tümünden belirleyici olmamaktadır. Hekimin varsayılan rızaya ulaşamadığı takdirde, şüphe halinde, daima yaşam lehine karar vermesi gerektiği belirtilmektedir⁶⁰⁸. İnsan Hakları ve Biotıp Sözleşmesi'nin 8.maddesi⁶⁰⁹ de buna cevaz vermektedir.

Kanaatimizce de kadının hayatını tehdit eden acil bir durumun varlığında, şayet bilinci kapalı ve rıza verecek durumda değilse, varsa kanuni temsilcilerinin rızasına dayanmalı, reşit ve mümeyyiz olduğu takdirde yakınlarının vasıtasıyla varsayılan rızasına ulaşılmaya çalışmalı, kanuni temsilcilerinin rıza vermemesi veya yakınlarının kadının

603 ERMAN, s: 139; AYDIN, s: 85.

604 ERMAN, s: 139.

605 ÜNVER, Türk Tıp Hukukunda Rıza, s :251.

606 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 382.

607 Biotıp Sözleşmesi m.9: Önceden belirtilmiş istek: Girişim sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi girişim ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler gözönüne alınacaktır.

608 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 383,384.

609 Biotıp Sözleşmesi m. 8: Acil durum: Acil bir durum nedeniyle uygun rızanın alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbi bakımdan gerekli olan herhangi bir girişim zaman geçirmeksizin yapılabilir.

varsayılan rızasına açıkça ters düşecek şekilde karşı çıkmaları halinde hakimden izin alınmalı, hakimden izin alınmanın zamana ihtiyaç göstermesi ve bu bekleminin kadının hayatını açıkça riske soktuğu durumlarda, hekim mesleğinden gelen hakkı kullanarak kadına müdahale edebilmelidir. Ancak kadının bilinci açık ise ve açıkça müdahaleye rıza göstermiyorsa, yapılacak müdahale onun tedaviyi red hakkını kullanmasına engel teşkil ettiği gibi, vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığının da ihlali olacaktır. Nasıl ki, kişinin hayatının tehlikede olduğu, kazalar, travmalar, beyin kanamaları, damar tıkanmaları, organ infarktları gibi pek çok acil durumda tedaviyi açıkça reddettiği ve rıza göstermediği takdirde müdahalede bulunulmuyorsa, gebeliklerin sonlandırılmasında da aynı prensiplerden ayrılmamak gerektiği görüşünderiz.

Hekimin annenin rızasının varlığı konusunda yanılığa düşmesi durumunda ve TCK m.30/3⁶¹⁰ uyarınca bu yanılığın kaçınılmaz olduğu takdirde cezalandırılmayacağı belirtilmektedir⁶¹¹. Uygulamada bu durum özellikle kadın ile tercüman vasıtasıyla iletişim kurulduğu, bu kişilerin bilmeyerek ya da bilinçli şekilde kadının rızası olduğu şeklinde bir çeviri yapmaları ve kadının da açıkça müdahaleye karşı koyduğunu gösteren hareketler ve davranışlarda bulunmayarak pasif kalması durumunda ortaya çıkmaktadır.

Hekim gebeliğin sonlanması hususunda bir zorunluluğun varlığı yönünde kaçınılmaz yanılığa düşerse de *Hakeri*'ye göre bu yanılığın nedeniyle cezalandırılmayacaktır⁶¹². Biz de hekimin, NPHK ve RTSHYDİT'te belirtilmiş olan durumlardan birisinin varlığı halinde yanılığa düşmesi ve kendi yanılığısından dolayı gebe kadını da yanlış aydınlatarak onun rızasını da sakatlamış olması durumunda bu yanılığın yararlanabileceğini düşünmekteyiz.

2- Tıbbi Zorunluluk Hali

Türk Ceza Kanunu'nun çocuk düşürtme suçunu düzenleyen 99. maddesi 1. fıkrasında gebe kadının rızası olmaksızın çocuğunun düşürtülmesinden söz edilmiş iken, aynı maddenin 2. fıkrasında, gebe kadının rızası olsa dahi, tıbbi zorunluluk olmadığı halde on haftadan büyük gebeliğin sonlandırılmasından söz edilmektedir. Buna göre, on haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılmasında annenin rızası, diğer koşulların da varlığı

610 TCK m.30/3: Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

611 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 737.

612 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 737.

halinde, gebeliğin hukuka uygun şekilde sonlandırılması için yeterli görülmüş iken, on haftanın üzerinde tıbbi zorunluluğun varlığı da ayrıca aranmaktadır.

On haftadan büyük gebeliklerin sonlandırılmasına izin verilen durumların ise 2827 sayılı NPHK 5. maddesi ve bu kanuna dayanarak çıkarılan RTSHYDİT'ün 5. ve 7. ve 8. maddelerinde açıklandığı görülmektedir.

Öğretide, 'tıbbi zorunluluk' ifadesinin, TCK 99/2'de hükmünde yer almamış olsaydı dahi TCK m.25/2⁶¹³ hükmünden yola çıkarak da, gebe kadının hayatını tehdit eden durumlarda gebeliğin süresine bakılmaksızın, sonlandırılmasının mümkün olabileceği dile getirilmektedir⁶¹⁴. Zira 5237 sayılı TCK öncesinde de, zorunluluk hali, gebeliklerin tıbbi müdahalelerle sonlandırılmasında genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir⁶¹⁵. *Tezcan* ve diğerleri de, tıbbi zorunluluk varsa hangi ayında olduğuna bakılmaksızın gebeliğin sona erdirilebileceğini, zorunluluk durumlarının ise NPHK m.5'teki düzenlemeye göre ve tıbbın esasları dikkate alınarak belirleneceğini belirtmektedirler⁶¹⁶.

Ünver'e göre de, bir hukuka uygunluk nedeni olarak tıbbi zorunluluğun bulunup bulunmadığı tıp biliminin verilerine göre belirlenecektir. Burada NPHK m.5 ve Tüzük'e ekli 2 sayılı listenin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Bu hallerin sınırlı olarak sayılmamış olduğu ve listede yer almayan bir tıbbi zorunluluk durumunun da hukuka uygunluğu sağlayacağı belirtilmektedir⁶¹⁷.

Biz de, NPHK m. 5 ve RTSHYDİT'de sayılı durumların, tıbben, gebeliğin sonlandırılmasının gerektiği yönünde karar verilebilecek bazı endikasyonları içerse de, bunların hepsinde bir zorunluluk hali bulunmadığını düşünmekteyiz. Kanun ve tüzükte yer almış olmaları gebeliğin sonlanmasının mutlak gerekli olduğu ve on haftayı aşmış bir gebeliğin sonlandırılmasında, mutlak hukuka uygunluk nedeni teşkil ettikleri şeklinde algılanmamalıdır. Hukuka uygun bir müdahale için, annenin rızasının mutlaka eşlik etmesi gerekmektedir, ancak annenin rızası olsa dahi, bunun yanı sıra, bir zorunluluğun varlığının, öğretilerde de dile getirdiği gibi her somut olayda, tıbben açıkça ve gerekçeli şekilde ortaya

613 TCK m.25/2: Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

614 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 726; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN/ BACAKSIZ / TEPE, s: 299.

615 BAYRAKTAR, s: 195.

616 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 311.

617 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 192, 193.

konmuş olması da lazımdır. Nitekim TCK. m. 99/2'nin gerekçesinde de bu durum açıkça ortaya konmuştur⁶¹⁸. Yoksa anne rıza gösterdiği takdirde, kanun ve tüzükte sayılan her durumda gebeliğin sonlandırılabilmesi yönünde bir algılama oluşursa, annenin devamını istemediği her gebelik için sonlandırmayı gerektirecek bir zorunluluk hali ve işlenen suça hukuka uygunluk nedeni yaratmak gibi bir tehlike ortaya çıkabilecektir.

Ayrıca NPHK ve RTSHYDİT'de sayılan endikasyonların bazılarında kadının hayatını korumak üzere gebeliğini sonlandırmayı mutlaka zorunlu kılacak ağır durumlar ortaya çıkabilse de, bu durumların varlığını TCK m. 25/2'deki zorunluluk hali olarak ele almamak gerekmektedir. Bu durumların varlığında da müdahalenin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilmesi için gebe kadının rızasına yine gerek bulunmaktadır. TCK m. 25/2'nin ancak kadının bilinci kapalı ve müdahale için rıza gösteremediği ayrık durumlarda, hayatını kurtarmak üzere gebeliğin sonlandırılmasının şart olduğu çok sınırlı bir uygulama alanı olabileceğini düşünmekteyiz.

Öğretide *Yurtcan* tarafından dile getirilen olağan ve olağanüstü endikasyon ayırımına da değinilecek olursa⁶¹⁹, öncelikle olağanüstü endikasyon olarak sayılan durumların⁶²⁰ bir bölümünde, acil bir müdahale zorunluluğu ortaya çıkabilecek olsa da, bu bir genel kural olarak kabul edilemeyeceği gibi, olağan endikasyon olarak tanımlanan durumların bir bölümünde olağanüstü endikasyonlardan çok daha acil müdahale gereksiniminin ortaya çıkması da söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla bu ayırımın çok yerinde olmadığını düşündüğümüz gibi, yine yazarın olağanüstü endikasyon olarak tanımladığı durumlarda yetkili olmayan bir hekimin gebeliği sonlandırabileceği görüşüne⁶²¹ de katılmamaktayız. Çünkü durumun aciliyetini de ancak bir kadın doğum uzmanı doğru tayin edebilecektir ve RTSHYDİT 7. maddesi de bu konuda açıkça kadın doğum uzmanlarına yetki vermiştir. Aksi takdirde acil olarak yorumlanan her durumda yetkisiz hekimlerin hatta diğer sağlık

618 TCK m.99/2 – Gerekçe: İkinci fıkraya göre, tıbbî zorunluluk bulunmadığı hâlde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunun düşürülmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu durumda, çocuğunun düşürülmesine rıza gösteren kadın hakkında da ceza öngörülmüştür. Buna karşılık, tıbbî zorunluluk bulunduğu takdirde on haftayı aşan gebelik hâlinde çocuğun alınmış bulunması, ceza sorumluluğunu gerektirmemektedir. Somut olayda tıbbî zorunluluğun bulunup bulunmadığı, tıp biliminin verilerine göre belirlenecektir.

619 Bkz. YURTCAN, s:55, 56.

620 RTSHYDİT m.8: Rahim tahliyesini gerektiren acil haller şunlardır: a) Servikal internal os kapalı olsa bile, kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanamalar, b) Servikal internal osun açık olduğu haller, c) Uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesi.; YURTCAN, s: 55.

621 YURTCAN, s: 63.

mensuplarının müdahalede bulunması gibi, kadının sağlığı açısından çok daha büyük risk oluşturan durumlar ve TCK m. 99/5 bağlamında sorumluluk ortaya çıkabilecektir.

Tüm bunların ötesinde RTSHYDİT m.8’de sayılan acil durumlarda, fetusun büyük olasılıkla müdahale öncesi zaten ölmüş, dolayısıyla yapılan rahim tahliyesi işleminin çocuk düşürtme suçuna vücut vermeyeceği ihtimali de göz önünde tutulmalıdır.

Bir sonraki bölümde ele alacağımız, fetusta anomali ve hastalık (doğacak çocuk ve onu takip edecek nesiller için ağır maluliyet) durumunda ise, hukuka uygunluk nedeninin, NPHK ve ilgili Tüzük’teki düzenlemelerden ve tıbben saptanacak diğer endikasyonlardan kaynaklandığını, bunlarda tıbben sonlandırma endikasyonu bulunsa da, annede yaratacakları psikolojik sorunlar bir yana bırakılırsa, aslında tıbben zorunluluk olarak kabul edilebilecek durumların olmadığını, ancak endikasyon ve zorunluluk kavramlarının birbiri yerine kullanılabileceğini kabul edersek bir tıbbi zorunluluktan söz edilebileceğini, TCK m.25/2 bağlamında bir genel zorunluluk halinin ise hiçbir şekilde söz konusu olamayacağını düşünmekteyiz.

Ayrıca *Ünver*’in belirttiği gibi, tıbben endikasyon olmayan bir durum, yasal düzenlemede yer aldığı için endikasyon haline gelemeyeceğinden ⁶²², bu düzenlemelere birebir bağlı kaldığında, ister anneden ister fetustan kaynaklansın, tıbben sonlandırmanın endike olmadığı bir durum, nasılsa yasal düzenlemede yer alıyor diye, gebelik sonlandırıldığı takdirde, eylemin hukuka uygun olmayacağı görüşündeyiz.

Ünver, öğretilerde hekimler tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için bir endikasyonun olması gerektiği yönünde yaygın olarak kabul edilen bir görüş bulunsa da, endikasyonun bütün tıbbi müdahalelerde hukuka uygunluğu sağlayan genel bir koşul olmadığından da söz etmektedir ⁶²³. Yazar, endikasyonun varlığı tıbbi müdahale açısından gerekli kabul edilse bile, bunun hukuka uygunluğu sağlamak için tek başına yeterli mi yoksa başka koşullarla birlikte mi aranması gerektiği konusunda öğretilerde de belirsizlik olduğunu dile getirmektedir ⁶²⁴. Ayrıca NPHK’ya atıfla kanuni bir endikasyon olduğunu savunan görüşlere de, daha önceden endikasyon olmayan bir durumun yasal düzenleme ile endikasyon haline gelemeyeceği,

622 ÜNVER, Yener, ‘Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum Özel Sayısı: 2, İstanbul, Haziran 2007, s: 65.

623 ÜNVER, Sağlık Mensubunun, s: 55.

624 ÜNVER, Sağlık Mensubunun, s: 56.

kanun koyucunun bir endikasyon yaratamayacağı gerekçesiyle karşı çıkmaktadır ⁶²⁵. Biz de yazarın bu görüşüne katılarak, izin verilen durumlarda gebeliği sonlandırma yönünde bir tıbbi endikasyonun ve zorunluluğun olup olmadığının her somut olayda ayrıca aranması ve varlığı halinde dahi, ancak annenin rızası ile gebeliğin hukuka uygun şekilde sonlandırılabilirliğini düşünmekteyiz.

Bir zorunluluk durumunda gebelik sonlandırıldığında, annenin hayatı ve sağlığı, fetusunkinden daha mı fazla değerlidir şeklinde bir soru akla gelecek olsa da, kanaatimizce yaşayan bir birey olan anne, her halde henüz sadece birey olma potansiyeli taşıyan fetusa göre daha fazla korumayı hak etmektedir. Ayrıca annenin hayatının risk altında olduğu olgularda ve hayatını kaybettiği durumda fetus için de varlığını devam ettirme ve doğma şansının, çok ayırık durumlar haricinde, hemen hemen olmadığı zaten ortadadır.

Hakeri de NPHK'un 5.maddesine dayanarak, gebelik süresi, on haftadan fazla ise, annenin hayatını tehdit ettiği takdirde sonlandırılabilirliğini belirtmektedir. Yazara göre, annenin yaşamının tehlikede olması durumunda herhangi bir süre kısıtlaması olmaksızın ceninin alınabileceğinde şüphe olmadığı gibi, NPHK'daki bu özel düzenleme olmasa bile TCK m.25/2'deki genel hükümlere göre de aynı sonuca ulaşmak mümkün olacaktır ⁶²⁶. Ancak yazar, günümüzde, artık 500 gr'a ulaşmış ceninlerin dahi kurtarılması mümkün olduğundan, 22-24 haftayı geçen gebeliklerde annenin hayatı tehlikede olsa bile, ceninin de gözden çıkarılmaması gerektiği görüşündedir ⁶²⁷.

Kanbur da TCK m.25/2 hükmü uyarınca gebe kadının hayatı ve vücut bütünlüğü bakımından bir tehlike bulunması halinde, m.99/2'de 'tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde...' ifadesinden hareketle, gebelik süresi ne olursa olsun ceninin ana rahminden tahliye edilebileceğini belirtmektedir. Somut olayda böyle bir zorunluluğun bulunup bulunmadığı tıp biliminin verilerine göre belirlenecektir. Gebeliğin sona erdirilmemesi durumunda annenin yaşamı tehdit altına girecek ise, NPHK m. 5/2' deki düzenlemeden hareket edilerek on haftadan sonra çocuğun düşürtülmesinin bu suçu oluşturmayacağı, ayrıca TCK m. 99/2' de yer verilen 'rızaya dayalı olsa bile' ifadesinden hareketle, kadının

625 ÜNVER, Sağlık Mensubunun , s: 65.

626 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 725.

627 Alman Tabipler Birliği'nin kürtaj ile ilgili açıklaması- Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch nach Prenataldiagnostik, Bundesärztekammer, Bekanntmachungen, Deutsches Ärzteblatt 95, Heft 47, 20. November 1998, s 75, <http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/schwangerpdf.pdf>, Erişim T: 26.02.2014, HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 725.

rızası olmasa bile suç oluşmayacağı da ifade edilmektedir⁶²⁸. Ayrıca NPHK m. 6/son'da 'derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı ve hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde' iznin şart olmadığına öngörülmesi başka yazarları bu sonuca götürmektedir⁶²⁹.

Hakeri'ye göre, TCK 99/2'de cezalandırılan husus, tıbbi zorunluluk olmadığı halde annenin rızası olsa bile süresi on haftadan fazla olan gebeliğin sona erdirilmesidir. On haftadan fazla gebelik artık ancak tıbbi zorunluluk halinde sona erdirilebilecek, ve elbette burada annenin de rıza göstermesi gerekecektir. Anne rıza göstermediği takdirde TCK 99/2 değil, TCK 99/1 uygulama alanı bulacaktır.

Üzerinde durulacak bir başka husus ise, gebeliğin sonlandırılmasını zorunlu kılan bazı durumların on hafta öncesinde de bilinir ya da tanısı konabilir olduğudur. Gebeliğin varlığı on haftadan önce saptanmış ve bu hastalıkların varlığı da şayet biliniyor ise, elbette ki annenin de rızası olmak üzere on haftadan önce gebelik sonlandırılabilir. Ancak on haftadan önce de bilinen durum, anne, hekim ya da her ikisince göz ardı edilerek, daha geç dönemde gebelik sonlandırılmaya kalkışıldığında sorumluluk ortaya çıkacak mıdır? Durumun geç saptanması, takip eden kadın doğum uzmanı ya da bir diğer hekimin kusuruna bağlı ise gebeliğin sonlandırılmamasından kim sorumlu tutulacaktır. Erken dönemde bir zorunluluk durumu olmasına rağmen gebeliğin sonlandırılmasına rıza vermeyen anne on haftadan sonra ya da gebelik daha ilerleyip viabilite sınırını aştığında, kendince haklı gördüğü başka bir nedenden yola çıkarak rıza verirse gebelik sonlandırılabilir midir? Bu bir hakkın kötüye kullanımı olgusu mudur? Kanaatimizce her gebelik saptandığı anda sonlandırmayı gerektirebilecek durumların varlığı veya yokluğu çok detaylı araştırılmalı, gebe kadına bu konuda bilgi verilmeli, geç döneme sarkmış olduğu takdirde, hekim gerçekten tıbbi zorunluluk olduğu kanaatindeyse, bunu ilgili branş hekimiyle beraber, hatta daha da fazla hekime konsulte ederek çok detaylı bir gerekçelendirme sonrası ancak sonlandırmalıdır. Bir yanda çocuk düşürme nedeniyle cezai sorumluluktan kaçınmaya çalışırken öte yandan gebeliğin devam etmesi neticesi, annenin zarar görmesi veya sakat bir çocuğun dünyaya gelmesiyle de hukuki sorumluluk, hatta yeri geldiğinde anneye yönelik yaralama veya taksirle öldürme şeklinde cezai sorumluluk ortaya çıkabilecektir.

628 KANBUR, s: 1247.

629 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 312.

Gebeliğin anneden kaynaklanan gereklilikler yani maternal endikasyonlarla sonlandırıldığı durumlarda, şayet hayati bir tehlike varsa, yaşayan bir insan olan annenin hayatının acilen kurtarılması zaten bir zorunluluk olarak ele alınacağından, haftası ve fetusun akibetinin ne olacağı dikkate alınmaksızın, müdahale hukuka uygun sayılacağı gibi, annede hayati tehlikenin o an için mevcut olmamakla beraber gelecekte ortaya çıkacak bir tehlikenin varlığında, imkanlar elverdiğince, çocuğun viabilite kazanması ve canlı dünyaya gelmesi ve yaşaması için önlemler alınmalı ve beklenmelidir.

3-Kanunun Hükmü

TCK m.24/1 hükmü⁶³⁰ uyarınca NPHK m.5'teki düzenlemelerin çocuk düşürtme suçu açısından hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu söylenebilecektir. *Hakeri* de NPHK m.5 hükmü ile, on haftalık süre içinde isteğe bağlı rahim tahliyesi, çocuk ve takip edecek nesiller açısından ağır maluliyet ve zorunluluk hali olmak üzere üç hukuka uygunluk nedeninin düzenlenmiş olduğunu belirtmektedir⁶³¹.

Yine öğretilerde, TCK m.24/1 hükmü uyarınca, kanunun tanıdığı bir hak ve yetkinin kullanılmasının, hakkın icrası kapsamında olduğu⁶³², ayrıca TCK m. 26/1 uyarınca da, bir mesleğin icrasına yetki veren hukuk kuralları nedeniyle mesleğin icrası sırasında işlenen eylemlerin hukuka uygun sayılacağı yönünde bir görüş de bulunmaktadır⁶³³. Ancak kanaatimizce gebe kadının rızası olmaksızın, hakkın icrasına dayanarak gebeliğin sonlandırılması mümkün değildir. Gebe kadının bilinci kapalı ve rıza veremeyecek durumda ise, ya da kanuni temsilciler kötü niyetle rızalarını esirgiyorlarsa, kadının hayatının kurtulması gebeliğin acilen sona erdirilmesine bağlı olduğu takdirde, kadın doğum uzmanının, kadının hayatını kurtarmak üzere, zorunluluk hali ve varsayılan rızaya dayanarak gebeliği sonlandırması mümkün olabilecektir.

Bize göre, yukarıda söz ettiğimiz ayırık durumlar haricinde (TCK m.25/2), gebelik haftası ne olursa olsun mutlaka aranacak olan ilgilinin yani gebe kadının rızasının varlığı, on haftanın altındaki gebeliklerin sonlandırılmasında ilave bir tıbbi neden aranmaksızın, müdahalenin yetkili hekim tarafından yapılması koşuluyla hukuka uygunluğu sağlayacak olsa da, nihayetinde bu bir tıbbi müdahale olduğundan yapılmasını haklı kılacak tanı,

630 TCK m.24/1: Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

631 HAKERİ, Hekimlerin Cezai, s: 28.

632 CENTEL/ ZAFER / ÇAKMUT, s: 294.

633 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s: 338-339.

tedavi, acıları azaltma vb. bir tıbbi nedene de ihtiyaç vardır. Nasıl ki, herhangi bir tıbbi endikasyon olmaksızın sırf istiyor ve rıza gösteriyor diye, hastanın vücuduna yönelik bir girişimde bulunulmuyor ya da tedavi amacı taşımayan estetik müdahaleler psikolojik, sosyal vb. endikasyonlara dayandırılıyorsa, hastalık değil fizyolojik bir süreç olan gebeliğin sonlandırılması için de dayanılacak bir neden, bir endikasyon bulunması gerekmektedir. Gerçi *Ünver*, Biotıp Sözleşmesi, Anayasa ve kanunlarda tıbbi müdahaleler için endikasyonun bulunması gerektiği yönünde bir düzenleme bulunmadığından ⁶³⁴, artık öğretilerde de endikasyonun genel bir koşul olarak kabul edilmediğinden ve bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmadığından ⁶³⁵ söz etmektedir. Bu halde on haftanın altındaki gebeliklerin, yalnızca annenin rızasının sağladığı hukuka uygunluğa dayanarak ve başka bir neden aranmaksızın yetkili hekim tarafından sonlandırılabilmesinin de mümkün olduğunu kabul etmek doğru olacaktır. Ancak, NPHK'nın tıbbi bir neden aranmaksızın on haftanın altındaki gebeliklerin sonlandırılmasına izin vermesi de bir kanuni endikasyon olarak ortaya çıkmakta, ilgilinin rızasına ilave olarak kanunun hükmünün uygulanmasından kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır. TCK m. 99/2 lafzından da, annenin rızası olduğu takdirde, tıbbi zorunluluk olmaksızın, yalnızca on haftanın üzerindeki gebeliklerin sonlandırılması durumunda cezanın öngörülmüş olduğu, rızanın varlığı halinde ve yetkili hekim tarafından gerçekleştirilmesi koşuluyla, NPHK'nın izin verdiği şekilde on haftanın altındaki gebeliklerin sonlandırılmasının suç teşkil etmediği anlaşılmaktadır.

NPHK'nın, on hafta tamamlandıktan sonra, doğacak çocuk ve takip edecek nesiller açısından ağır maluliyet durumunda gebeliğin sonlandırılmasına izin vermiş olması da kanundan kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır. Yine kanaatimizce fetusta ve izleyen nesillerde ortaya çıkacak maluliyet durumlarında, annenin hayatını tehdit eden ya da edecek durumlardan farklı olarak, TCK m. 25/2 uyarınca bir zorunluluk hali hiç olmadığı gibi, tıbben de zorunluluk diye nitelendirilebilecek bir durum da bulunmamaktadır. Öğretilerde tartışılan bir husus olmakla beraber, genel olarak tıbbi müdahalelerde tanı, tedavi vb. gibi kişinin sağlığını ve yaşamını korumasına ve sürdürmesine yönelik bir amacın olması gerektiği kabul edilmekteyken, fetal anomali yani

634 ÜNVER, Sağlık Mensubunun, s: 59.

635 ÜNVER, Sağlık Mensubunun, s: 55.

doğacak ile onu takip edecek nesiller açısından ağır maluliyet durumuna dayanılarak gebelik sonlandırıldığında tam tersine, bir fetusun yaşamının sonlandırılması, bir çocuğun doğumuna engel olunması amaçlanmaktadır. Bu müdahalenin annenin ruh sağlığının korunması amacıyla gerçekleştirildiği düşünülürse haklı bir tıbbi nedenin olduğundan söz edilebilecekse de, yasal düzenlemelerde bu yönde bir açıklama bulunmamaktadır. Endikasyon, gereklilik, zorunluluk kavramlarının birbiri yerine kullanılabilecekleri kabul edildiğinde, tıbbi zorunluluğun varlığından da söz etmek mümkün olacaktır. Bununla birlikte, biz fetustaki maluliyete dayanarak gebeliğin sonlandırılmasında, tıbbi zorunluluktan ziyade, NPHK'nın ona bağlı RTSHYDİT'ün gebeliğin sonlandırılmasına izin veren düzenlemelerinin, yani kanun hükmünün bir hukuka uygunluk nedeni oluşturabileceğini düşünmekteyiz.

3.1- Süre Esaslı Sonlandırma

NPHK m. 5'e göre gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilebilmektedir. Ayrıca TCK m. 99/2'nin metninde de, yalnızca on haftanın üzerindeki gebeliklerin sonlandırılması için tıbbi zorunluluk arandığına göre, ve annenin rızasının varlığı halinde on haftanın altındaki gebeliklerin, müdahalenin yetkili hekim tarafından gerçekleştirilmiş olması koşulu da aranarak, sonlandırılması durumunda ceza öngörülmemiş olduğuna göre, kanunun izin verdiği on haftalık sürenin bir hukuka uygun nedeni oluşturduğu sonucuna varılmaktadır.

Hakeri, NPHK'nun onuncu hafta doluncaya kadar gebeliğe son verme imkanı tanıdığını, dolayısıyla on haftanın altındaki gebeliklerin sonlandırılmasında kanundan kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu, ancak bunun yanında kadının kendisinin ve kanunda öngörülmüş diğer kişilerin rıza ve izinlerinin de bulunması gerektiğini, ayrıca bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanmak için yapılacak müdahalenin annenin sağlığı açısından sakınca oluşturmamasının da gerektiğini belirtmektedir⁶³⁶. *Yurtcan*, suçun oluşması için gebelik süresinin on haftadan fazla olması gerektiğini, on haftanın altındaki gebeliklerin kadının rızasıyla sonlandırılmasının serbest olduğunu belirtmektedir⁶³⁷.

636 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 728.

637 YURTCAN, s: 84.

Özbek ve diğerleri, m.99, 1. ve 2. fıkraları için öngörölmüş cezalar arasında farka dikkat çekmekte, ancak bu farkın sadece gebe kadının rızası bakımından değil, ayrıca gebelik süresinin on haftayı geçip geçmemesi bakımından da önem taşıdığını belirtmekte ve 99/2'de belirtilen fiillerin suç oluşturmasının rızanın varlığıyla değil, gebelik süresinin on haftayı aşmasıyla ilgili olduğunu açıklamaktadırlar⁶³⁸.

Kanbur ayrıca, TCK m.26/2 hükmü⁶³⁹ göz önünde tutulduğunda, kanunun gebe kadının üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak bulunmadığı fikrinden hareket ederek on haftanın üzerindeki gebeliklerde rızayı tek başına hukuka uygunluk nedeni olarak yeterli görmediğini, gerek on haftayı aşan gebeliklerde gerekse yetkili olmayan kişilerin rahim tahliyesi fiillerine girişmelerinde gebe kadının vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı bakımından ciddi sakıncalar bulunması nedeniyle onun tarafından verilecek rızaya itibar edilmediğini belirtmektedir⁶⁴⁰. Dolayısıyla rıza ve on haftanın altındaki gebelik süresinin bir arada hukuka uygunluğu sağladığı görölmektedir.

Yargıtay'ın gebe kadının rızası olduğu takdirde on haftanın altındaki gebeliğin sonlandırılmasını hukuka uygun bulduğu yönünde kararı da mevcuttur⁶⁴¹.

Bize göre de NPHK 5. maddesinin gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar sonlandırılmasına izin veren düzenlemesi, kanundan kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmakta, annenin ve gerektiğinde ilaveten yasal temsilcilerin rızası olduğu takdirde gebelik hukuka uygun şekilde sonlandırılabilir.

3.2- Çocuk İle Onu Takip Edecek Nesiller Açısından Ağır Maluliyet

638 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s:299.

639 TCK m.26/2: Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.

640 KANBUR, s: 1246, dn. 49.

641 Yargıtay 4.CD, 16.09.1986, 5638/ 6113: Çocuk düşürtmekten sanık Zafer'in yapılan duruşması sonunda, TCK'nın 468/ 2, 472/ 2 59.maddeleri gereğince, 2 yıl 2 ay 20 gün hapis cezası ile mahkumiyetine dair İzmir 7. Asliye Ceza Mahkemesi'nden verilen 16.12.1985 günlü hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanık vekili tarafından süresinde istida edilerek dava evrakı bozma isteyen 30.06.1986 günlü tebliğname ile daireye gönderilmekle okundu, gereği konuşulup düşünöldü, 1- Gülkiye adındaki kadının rızasıyla çocuğunu düşürdüğü iddia edilen sanığı, gebelik süresi 10 haftadan az olduğuna dair savunmasının aksini sabit kılan kanaat verici delil bulunmadığı düşünölmenden beraat kararı yerine yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması, 2- Kabule göre, TCK'nın 472.maddesinin 2.fikrasının 2827 sayılı kanunla kaldırıldığı gözetilmeden bu fıkra uyarınca artırma yapılması, bozmayı gerektirmiş,sanık vekilinin temyiz itirazları, bu itibarla yerinde görölmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı istem gibi bozulmasına, 16.09.1986 gününde oybirliğiyle karar verildi. Yargıtay 4.CD, 16.09.1986, 5638/ 6113, YKD 1987, s 780, 781, aktaran DÖNMEZ, s 116, HAKERİ, Tıp Hukuku, s 728, <http://www.kararevi.com/karars/648625>, Erişim T: 26.03.2014.

Hukukumuzda on haftadan sonra gebeliğin sonlandırılmasına NPHK m.5 uyarınca, annenin hayatını tehdit eden ve edecek durumların varlığında ve doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olması halinde izin verilmektedir. Doğacak çocuk ve onu takip edecek nesiller için ağır maluliyet durumları, RTSHYDİT'e (2) sayılı listede yer almaktadır.

Bazı görüşlere göre NPHK m. 5'te yer alan, doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyet durumu TCK m. 25/2'de yer alan zorunluluk tanımıyla ilişkilendirilmektedir⁶⁴². Oysa TCK m. 25/2'de bir hakkın tehlikeden korunması ve kurtarılması söz konusu iken, burada fetusa ait bir hakkın tehlikeden kurtarılması değil yaşamının sonlandırılması söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla bu durumu *Hakeri* gibi⁶⁴³ kanun hükmünden kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek daha doğru gözükmemektedir.

Fetusa ait nedenler altında öncelikle fetustaki sakatlıklar anlaşılmakta, ancak 'doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde rahim tahliye edilir' ifadesinde ağır maluliyet kavramına yönelik bir çerçevenin çizilmediği görülmektedir.

Gebeliği sonlandıran hekimler için uygulamada, hukuka uygunluk nedenleri bağlamında en sorunlu ve tartışmalı durumu fetustaki hangi sakatlığın ya da hastalığın ağır maluliyet sayılacağı ve kaç haftaya kadar sonlandırılacağı sorusu oluşturmaktadır.

Fetustaki sakatlıklar nedeniyle sonlandırma endikasyonlarına eğilmeden önce kısaca prenatal tanıya değinilecek olursa, prenatal tarama testleri, yüksek riskli olan gebeleri ortaya çıkarmak için rutin takibin bir parçası olarak uygulanmakta, günümüzde gebeliğin 11-14. haftaları arasında fetal ense kalınlığı ölçümü ve ikili tarama testi, 16- 18 haftalar arası üçlü tarama testi veya 16-20. haftalar arası dördümlü tarama testleri ile, Down Sendromu başta olmak üzere diğer bazı anomaliler yönünden bir risk belirlemesi yapılmakta⁶⁴⁴, sonuç riskli gelen olgularda kesin tanıya götürecek prenatal tanı testlerine geçilmektedir. Tarama testlerinde yüksek risk saptanan olgular dışında, yaşı 35'in üzerinde gebeler,

642 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 311; ARTUÇ, s: 548.

643 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 729.

644 HADDOW, James, Down Sendromu için Prenatal Tanı Yöntemleri, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed:QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara 1998, s 68-74.

kromozom anomalisi şüphesi ve genetik hastalık şüphesi olan olgular⁶⁴⁵, ultrasonda anormal bulgu saptanan olgular, teratojene⁶⁴⁶ maruz kalma öyküsü olan gebeler, amniosentez⁶⁴⁷, kordosentez⁶⁴⁸, CVS⁶⁴⁹ gibi prenatal tanı testlerine yönlendirilmekte, elde edilen fetal dokular üzerinde sitogenetik, moleküler genetik ve biyokimyasal genetik çalışmalar yapılmaktadır. Ultrasonografik değerlendirmeler ise tüm gebelik süresince yapılmakla beraber optimum 22-23 gebelik haftalarında yapılan detaylı incelemeler ile fetal organlarda normal anatomiden sapma, yani yapısal bozukluklar olup olmadığı araştırılmaktadır⁶⁵⁰. Öngörülen bu zamanları geçirmiş olan bir gebenin ilk kez ileri haftalarda başvurduğu bir kadın doğum uzmanı tarafından da, fetusta yapısal bir anomalinin (malformasyonun) saptanması mümkün olmaktadır. Tüm bu değerlendirmeler sonucunda fetusta ağır bir genetik bozukluğun veya malformasyonun varlığı kesin olarak ortaya konduğunda, eğer saptanan bu durum yaşamla bağdaşmayacak kadar ağır bir anomali ise, ya da doğacak çocukta tedavisi mümkün olmayan kalıcı fiziksel ve zihinsel bozukluklara yol açacaksa, artık gebeliğin sonlandırılması açısından fetal endikasyonun varlığından söz edilmektedir.

Ülkemizdeki yasal düzenleme olan RTSHYDİT'e ekli (2) sayılı listeye bakıldığında, kadın hastalıkları ve doğum, radyodiagnostik ve ultrasonografi, genetik alanlarındaki ilerlemeler bu listede sayılı nedenlerin çok yetersiz kalmasına yol açmıştır. Tüzük'e ekli 2 sayılı listede yer alan grupların anneye ya da fetusa özgülenmediği görülmekle beraber, N

645 SIMPSON, Joe Leigh, Obstetrik Ve Jinekolojide Genetik Faktörler, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, SCOTT, James R/ DiSAIA Philip J / HAMMOND / Charles B, SPELLACY / William N,. 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, Çeviri Editörü: EREZ, Selçuk, Yüce Yayınları, Ağustos 1992, s: 278-303.

646 NIEBYL, Jennifer R, Teratoloji, Gebelik ve Emzirmede İlaçlar, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, SCOTT, James R / DiSAIA Philip J / HAMMOND, Charles B / SPELLACY, William N,. 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, Çeviri Editörü: EREZ, Selçuk, Yüce Yayınları, Ağustos 1992, s: 278-303.

647 QUEENAN, John T, Genetik Amniosentez, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed:QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara 1998, s: 120-124.

648 HOBBS, John C, Fetal Kan Örnekleme, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed:QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara 1998, s :128-131.

649 GOLDBERG, James D, GOLBUS, Mitchell, S, Koryonik Villus Örnekleme, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed:QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara 1998, s: 115-119.

650 ROMERO, Roberto/ GONÇALVES, R Luis / GHEZZI, Fabio / COHEN, Jose / GOMEZ, Ricardo /MAZOR, Moshe, Konjenital Anomalilerin Prenatal Tanısı, Obstetrik ve Jinekolojide Sonografi, Prensipler ve Klinik Uygulamalar, 5. Baskı, Ed: FLEISCHER/MANNİNG/JEANTY/ROMERO, Simon & Schuster, 1996, Çeviri Ed: YÜKSEL, Atıl, Ulusal Tıp Kitabevi, 2000, s:343-373.

bendinde yer alan kongenital nedenlerin açıkça fetal anomaliler için düzenlenmiş olduğu, M bendindeki enfeksiyon hastalıklarının gebelikle bir arada bulunmasının anne sağlığı için tehlike oluşturmaktan ziyade yine fetusta anomali riskini arttırdığı için, yine L bendindeki uyuşturucu bağımlılığı ve kronik alkolizmin de fetusta oluşturabileceği sorunlar nedeniyle listeye alınmış olduğu anlaşılmaktadır. Bunun dışındaki endikasyonların anne hayatını veya sağlığını korumak amacıyla düzenlenmiş olduğu söylenebilecektir. Bu listenin gereksinimleri genel anlamda karşıladığı görülse de, yürürlüğe girdiği 1983 yılından itibaren aradan geçen 30 yıl içinde tıpta görülen ilerlemeler eşliğinde değerlendirildiğinde, anneye ait nedenlerin çok geniş, fetusa ait nedenlerin ise çok yetersiz kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Listedeki endikasyonların sınırlı olarak sayılmadığı ve gerekçelendirilerek listede yer almayan durumlarda da gebeliğin sonlandırılabilceği düşünülecek olsa da, bu belirsizliği azaltmak üzere günümüz bilimsel verileri ışığında ciddi bir revizyon gerektirdiği, endikasyonların yanı sıra sonlandırmaya izin verilecek üst sınır için de belirlemeler yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Uygulamada karşılaşılan uyumsuzluklar da bu tür anomalili gebeliklerin tanısı konamadığı ya da tanısı konduğu halde viabilite sınırını geçmiş olduğu için sonlandırılmamış olmasından kaynaklanmakta, haliyle de cezai sorumluluğa değil ama hukuki sorumluluğa yol açmaktadır. Ancak bu konu çalışmamızın kapsamında yer almamaktadır.

Öğretide RTSHYDİT'e ek (2) sayılı listede kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden durumlar ve çocuk için tehlikeli hastalıklar ve durumların varlığında yapılan müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleştiği yaygın olarak kabul edilmektedir⁶⁵¹. Tüzükte sayılmış olan durumları sınırlı sayıda sayılmadığını kabul etmek gerektiği yönünde de görüş bulunmaktadır⁶⁵². Biz bu görüşe, yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, özellikle Tüzüğün hazırlanmış olduğu 1983 tarihinden itibaren hem genel

651 DÖNMEZER, s:194 ; YURTCAN, s: 83; AYDIN, s: 92; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 311.

652 'Şayet Nüfus Planlaması Kanunu tıbbi tehlikeleri numerus clausus ilkesi içinde belirtmiştir ve bunun dışında bir tehlikenin varlığı söz konusu olamaz denilebilirse, başka bir anlatımla bu yasadaki sayılan durumların dışında bir tehlikenin varlığı söz konusu olamaz denilebilirse, bu halde Nüfus Planlaması Kanununun TCK'nın 49. maddesini (ıztırar hali) sınırlandırdığı ileri sürülebilir. Yoksa bu sayım ve listeler halinde belirtmeye rağmen, konunun özelliğinden doğan başka tıbbi tehlikelerin ortaya çıkması mümkün ise, bu durumda Nüfus Planlaması Kanunu'nda bir açıklık olmadığından, TCK'nın 49. Maddesinden yararlanmak suretiyle, gerekli tıbbi müdahale yapılabilir ve fiili hukuka uygun hale gelir. En doğru olanı her halde olayın özelliğine göre ve Nüfus Planlaması Kanunu ve Tüzükte belirtilen durumları göz önünde bulundurarak bu konuda sonuç çıkarmaktır.' YURTCAN, s: 83.

olarak tıp alanında, hem de genetik, perinatoloji ve prenatal tanı yöntemleri alanında gerçekleşen çok hızlı ilerlemeler sonucu, bir yandan fetusun ağır özürlü olduğu veya doğumdan sonraki yaşamının ilerleyen dönemlerinde özürlü olacağı hastalıkların keşfi, diğer yandan bunların doğum öncesi dönemde tanınmasını sağlayan prenatal tanı yöntemlerindeki ilerlemeler neticesi bu listeye eklenmesi gereken çok daha fazla sayıda endikasyon çıktığı ve de bu gelişmelerin de süreceği düşüncesiyle katılmaktayız. Bu listedeki hastalıkların sınırlı sayıda sayılmış oldukları ele alınırsa yaşamla bağdaşmayan ve gelecekte dahi bağdaşma olasılığı bulunmayan ağır sakatlıklarda dahi ⁶⁵³ gebeliklerin sonlandırılmayacağı gibi bir sonuca ulaşılmış olacaktır. Bununla birlikte listede yer alan her olguda da gebeliğin mutlaka sonlandırılması şeklinde geniş bir yorum yapmanın da tehlikeli olduğunu düşünmekteyiz. Örneğin bu listede yer alan Marphan sendromu, özellikle kalp ve damar sistemi açısından taşıdığı risklere rağmen yaşamla bağdaşır bir anomali olup, günümüzde de Marfan sendromu olan başarılı yetişkinler bulunmaktadır. Sonlandırmanın gerekli olup olmadığı, TCK 99. maddenin gerekçesinde de açıklandığı üzere her somut olayda tıp biliminin kurallarına göre belirlenmelidir.

Dönmez de, RTSHYDİT ek (2) sayılı listesinde de kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli hastalıklar ve durumların belirtildiğini, bu sebeplerin sınırlayıcı olarak sayılmamış olduğunu, TCK m. 99'un gerekçesinde de, somut olayda tıbbi zorunluluğun bulunup bulunmadığının, tıp biliminin verilerine göre belirleneceğinin ifade edildiğini, bu değerlendirmenin uzman hekim tarafından yapılacağını, doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye işlemi gerçekleştirilebileceğini benzer şekilde dile getirmektedir ⁶⁵⁴.

Hakeri, NPHK'un gebeliğin doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde gebeliğin sona erdirilmesini hukuka uygun kılarak bir nevi 'özürlülük endikasyonu' sevk edilmiş olduğunu belirtmektedir ⁶⁵⁵. Maluliyetin ne zaman ağır sayılacağı ve bunu kimin belirleyeceği sorusuna ise yazar, ağır maluliyetten,

653 Hidransefali, anensefali, holoprozensefali, Trisomi 13, 18 ve Triploidi, Renal agenezi, sirenomeli, akondrojenesis tip 1a ve 1b, tip 2, Hipokondrojenesis, Fibrokondrojenesis, Atelogenesis, Kısa Kosta polidaktili sendromu, Saldino-Noonan tip2, Tanatoforik displazi, Osteogenesis imperfekta tip 2, lethal pterygium sendromu, Neo-Laxova sendromu, Meckel-Gruber sendromu, ŞEN, Cihat, YAYLA, Murat, Perinatoloji Dergisi, Cilt :10, Sayı:2/Haziran 2002, s: 45.

654 DÖNMEZ, s: 120.

655 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 729.

tedavisi ve telafisi mümkün olmayan bir özürlü, özellikle bir organın eksikliğini anlamak gerektiği açıklamasını yapmaktadır⁶⁵⁶.

Biz bu görüşe, örneğin ultrasonografide saptanmış olan bir bacak ya da kolun yokluğunda bir organ eksikliği söz konusu olmakla beraber, yaşamsal fonksiyonların devamlılığını sağlayan bir organ olmadığı için yokluğunun ne fetal dönem ne de doğum sonrası yaşamı tehdit etmediği, aynı şekilde zihinsel fonksiyonları da etkilemediğinden her organ eksikliğinde ağır maluliyet durumu ortaya çıkmayabileceği düşüncesiyle katılmamaktayız. Hatta Turner, Klinefelter gibi bazı kromozom bozukluklarına birçok yapısal anomalinin de eşlik etmesine rağmen normale yakın bir hayat sürdürülebilmektedirler. Oysa bu durumlar doğum öncesi saptandığında anne tarafından sıklıkla sonlandırılması beklenmektedir. Konuya aileler açısından bakıldığında, anomali yaşamla bağdaşacak olsa bile, sakat bir çocuğun getireceği sosyal, psikolojik ve ekonomik yükler dikkate alındığında gebeliğin sonlandırılması doğru bir yaklaşım gibi gelse de, ve yasal düzenlemelerin onları bu olumsuz koşullara katlanmaya mecbur kılmaması gerektiği düşünülse de⁶⁵⁷, bu tür yaşamla bağdaşır anomalilerde gebeliğin sonlandırılmasının çocuk düşürtme suçu olarak ele alınması mümkün olabilecektir. Dolayısıyla, kanunda izin verilmiş her durumda gebeliğin hukuka uygun şekilde sonlandırılabilirliği kabul edilmemeli, her somut olayda sonlandırmanın tıbben endike olup olmadığı detaylı şekilde ele alınıp araştırılmalıdır. Bununla beraber hangi anomalilerin sonlandırmayı gerektirecek derecede ağır maluliyet oluşturduğu ve kaçınıcı haftaya kadar sonlandırılmasına izin verileceği konusunda daha açık yasal düzenlemelerin yapılması ve bu konuda karar verme yetkisinin sadece hekimlere de bırakılmaması gerekmektedir.

Hakeri, özürlü bir çocuk doğurma düşüncesinin gebe kadının psikolojisi ve ruh sağlığı üzerinde oluşturacağı olumsuz etkiye dayanarak da gebeliğin sonlandırılabilirliği yönünde görüşler bulunduğunu belirtmektedir⁶⁵⁸. Bazı ülke düzenlemelerinde olduğu gibi, fetal sakatlıklar nedeniyle gebeliğin sonlandırılmasında, somut olayda, annenin ruh sağlığı açısından tehlike yaratması gibi bir tıbbi gerekliliğe dayanılması, endikasyonların bir listede sıralanmış olmasına kıyasla daha yerinde bir çözüm gözükmektedir. Bununla

656 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 729; AYDIN, s: 91.

657 DÖLEN, İsmail, Kadın Hastalığı ve Doğum Hekimliği Açısından Tıbbi Etik Konular, <http://www.tjod.org/kadin-hastaliklari-ve-dogum-hekimligi-acisindan-tibbi-etik-konulari/> Erişim T: 04.03.2014.

658 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 732.

birlikte ağır maluliyetin belirlenmesine yönelik kriterlerin ve kaç haftaya kadar sonlandırılabilirliğinin de açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.

Fetusta bir sakatlığın ya da hastalığın varlığı yönünde yanlış bir tanı konarak da gebelik sonlandırılabilir. Uygulamada bu durum daha çok taksirle ortaya çıkmakta, ancak çocuk düşürtme taksirle değil, yalnızca kasten işlenebilen bir suç olduğu için, bu durumda ancak anneye karşı taksirle yaralama suçu söz konusu olmaktadır. Öğretide de yanlış prenatal tanı nedeniyle düşüğe neden olunması durumunda anneye yönelik taksirle yaralamanın söz konusu olacağından söz edilmektedir⁶⁵⁹.

Gebeliğin sonlandırılmasına dayanak yapılan genetik testlerde hataya düşme olasılığı vardır ve bunun pek çok nedeni olabilir. Uygulanan yöntem ve yöntemin üzerinde uygulanan kişinin özelliklerine bağlı olarak sapmalar ve yetersizlikler ortaya çıkabilir. Bu nedenle müdahale öncesi ve sonrasında gebe kadın ve varsa yasal temsilcilerinin sonuçlarda hataya düşülebileceği konusunda detaylı şekilde aydınlatılması gerekmektedir. Gebeliğin hatalı olarak sona erdirilmesi nedeniyle nadir de olsa bir suç ortaya çıkabilecektir⁶⁶⁰.

H- SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

5237 sayılı TCK m. 99'da hüküm altına alınmış olan çocuk düşürtme suçunun cezayı arttıran nitelikli halleri de maddenin 3.,4. ve 5. fıkralarında düzenlenmiştir. TCK m. 99/3, 1.fıkranın nitelikli hali olup rızası olmaksızın çocuğu düşürülen kadının bu eylem yüzünden beden veya ruh sağlığının zarar görmesini veya ölmesini, TCK m. 99/4 ise 2. fıkranın nitelikli hali olup, tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde on haftadan büyük bir gebeliğin sonlandırılması nedeniyle kadının beden veya ruh sağlığının zarar görmesini ya da ölmesini düzenlemektedir⁶⁶¹. Gebeliğin yetkisiz kişi tarafından sonlandırılması ise 5. fıkrada nitelikli hal olarak düzenlenmiştir⁶⁶².

Netice sebebiyle ağırlaşmış suç TCK m.23'te düzenlenmiş olup, buna göre bir eylemin, kast edilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi

659 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 833; ÜNVER, Yener, Genetik Teşhisler, s: 201.

660 ÜNVER, Genetik Teşhisler, s:206.

661 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s : 313; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 296; GÖKCAN,s: 614-615; KIZIROĞLU, s: 176.

662 AYDIN, s: 92; DÖNMEZ, s: 130; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 73; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 314; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 296; GÖKCAN,s: 614-615 ; KIZIROĞLU, s: 176.

halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir ⁶⁶³. Dolayısıyla, olası kastla gerçekleştirilen hareketler de doğal olarak bu çerçevede değerlendirilecektir. Ayrıca bu durumun TCK m.23'ün gerekçesinde de ⁶⁶⁴ açık olarak ifade edildiği vurgulanmaktadır ⁶⁶⁵. Kastedilenden daha ağır neticenin meydana gelmesinde, yani gebeliği sonlandırılan kadının bu müdahale nedeniyle zarar görmesi ve ölmesinde, hukuka aykırı şekilde gebeliği sonlandırmış olmanın ötesinde bir mesleki kusurunun olması, bir uygulama hatasının olması gerekmektedir. Örneğin bazı emboliler, ya da rahim ağzının genişletilmesi sonucu refleks yolla solunum ve kalbin durması (inhibisyon) nedeniyle öngörülemez ve önlenemeyen ölümler ortaya çıkabilir. Bu durum tamamen hukuka uygun şekilde gerçekleştirilen bir müdahale sırasında da ortaya çıkabilir ve hekime sıklıkla taksir düzeyinde bir kusur bile atfedilemez. Böyle bir durumda hekimin ağır neticeden sorumlu tutulmaması gerekir. Ancak örneğin, hekim gerçekleştirdiği hukuka aykırı müdahale sonrasında enfeksiyon gelişmesin diye hastaya koruyucu antibiyotik tedavisini vermeyi ihmal ettiyse taksir düzeyinde kusurundan, müdahale sonrası kanamaya devam eden hastayı gözlemlemeye devam etmeksizin taburcu etmesi halinde olası kastından söz edilebilecek ve TCK m.23'te öngörülmüş olan en azından taksirle hareket etmiş olma şartı gerçekleşmiş olduğundan, ortaya çıkan ağır neticeden dolayı sorumluluğuna gidilebilecektir.

Fail, ortaya çıkan ağır sonuçtan taksirle dahi sorumlu tutulmadığı takdirde 99. maddenin 3. veya 4. fıkraları uyarınca cezalandırılması da mümkün olmayacak, yalnızca suçun temel şekli olan 1. veya 2. fıkralar uyarınca cezalandırılacaktır.

1- Çocuğu Düşürtülen Kadının Beden Veya Ruh Sağlığı Bakımından Bir Zarara Uğraması (TCK m.99/3 ve TCK m.99/4)

663 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 296.

664 TCK m. 23-Gerekçe: Kişi suç teşkil eden bir fiili işlerken, kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir netice gerçekleşmiş olabilir. Bu gibi durumlarda netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur. Örneğin, basit yaralamada bulunmak istenirken, kişi görme, işitme yeteneğini yitirmiş olabilir. Yaralama fiili gerçekleştirilirken, genellikle bunun sonucunda ağır bir neticenin meydana gelebileceği düşünülür. Örneğin gözün, kulağın üzerine sert bir şekilde vuran kişi, bu yumruk neticesinde mağdurun görme ve işitme yeteneğini yitirebileceği olasılığını göz önünde bulundurur. Ağır neticenin ortaya çıkacağı bu şekilde öngörüldüğü durumlarda, meydana gelen ağır netice açısından fail olası kastla hareket etmektedir. Bu hükümle, meydana gelen kastedilenden başka ve ağır netice açısından sorumluluğun, kusura dayalı bir sorumluluk olması sağlanmak istenmiştir.

665 DÖNMEZ, s: 131.

Bir kadının gebeliği, ister rızası olmaksızın, ister rızası bulunmasına rağmen on haftayı aştıktan sonra, tıbbi bir zorunluluk ya da kanunun izin verdiği bir neden olmaksızın sonlandırılmış olsun, hukuka aykırı bu eylem sonucu kadının beden ve ruh sağlığının zarara uğraması, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hali olarak ele alınmış ve daha ağır bir ceza öngörülmüştür. Rızası olmaksızın çocuğu düşürtülen kadının zarara uğraması m. 99/3'te, tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, on haftayı aşmış gebeliğin sonlandırılması nedeniyle buna rıza gösteren kadının zarara uğraması m. 99/4'te düzenlenmiştir.

Kadının beden sağlığının bozulmasından anlaşılması gereken, söz konusu müdahalenin neden olacağı basit ve rutin travmalardan daha ciddi sağlık bozuklukları olup, gebeliğin sonlandırılması sırasında meydana gelen olağan yaralanmalar ve sağlık sıkıntıları bu kapsamda ele alınmamaktadır. Kadının ruh sağlığı bakımından zarara uğramasından söz edildiğinde ise, gebeliğin sonlanmış olmasının kadında yaratması muhtemel olağan psikolojik rahatsızlığı aşan kalıcı bozukluklar kastedilmektedir⁶⁶⁶. Beden ve ruh sağlığı yerinde olan kadında geçici de olsa patolojik bir sonuç yaratılması veya zaten var olan bir durumun bu nedenle kötüleşmesi şeklinde de tarif edilmektedir⁶⁶⁷. *Artuç* da kadının basit bir tıbbi müdahale ile iyileşmeyecek şekilde yaralanmış olması gerektiğini, zira bu eylemlerin belli bir yaralanma potansiyelini zaten taşıdığını belirtmektedir⁶⁶⁸. Buna karşılık *Kurt*, tedavi gerektirmeyen bozuklukların dahi bu kapsamda ele alınması gerektiğini düşünmektedir ki⁶⁶⁹, bu bizce çok doğru bir yaklaşım değildir ve müdahale sonrası ortaya çıkacak basit ve ilgisiz her fiziksel ve ruhsal yakınmanın gebelik sonlandırılması eylemiyle ilişkilendirilmesine de yol açabilecektir. Beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığı kanaatimizce tıbben verilecek bir karar olup Adli Tıp Kurumu'nun ilgili ihtisas dairesinden ya da diğer bilirkişilerden görüş alınmak suretiyle saptanması gerekmektedir. Yargıtay'ın iddianamenin iadesiyle ilgili bir bozma kararında da bu hususun ele alındığı görülmektedir⁶⁷⁰.

666 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, s:296.

667 KIZIROĞLU, s: 176.

668 ARTUÇ, s: 545.

669 KURT, s: 80.

670 Yargıtay 8 CD, E: 2007/ 8868, K: 2007/6472: Dosya kapsamına göre çocuk düşürtme fiili sonucu mağdurun beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğrayıp uğramadığı hususunda Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması ve bu rapora göre ilgili mahkemeye dava açılması gerektiğinden bahisle iddianamenin iadesine karar verilmiş ise de, 5271 sayılı CMK'nın 170/ 3 maddesinde, iddianamede hangi hususların gösterileceği, aynı kanunun 174 /1 maddesinde ise iddianamenin hangi hallerde iadesine karar verileceğinin belirtildiği, iddianamenin iadesi sebepleri arasında soruşturma konusu olayla ilgili olarak alınan rapor hakkında ayrıca Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması hususunun yer almadığı gibi mahkeme

Ancak failin iradesi gebeliğin sonlanmasına yönelik olmayıp, yapılan tıbbi müdahale veya tedavinin istenmeyen bir etkisi ile kadın hem fiziksel ve/veya ruhsal zarar görür, aynı zamanda da gebelik kaybedilirse, TCK m.89/3- e uyarınca taksirle yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali söz konusu olacaktır. Failin kastının neye yönelik olduğunun yargılamada detaylı şekilde irdelenmesi gerektiği belirtilmektedir ⁶⁷¹.

Ceza miktarı, eylemin m. 99/1'e göre mi, yoksa 99/2'ye göre mi girdiğine göre değişmektedir ⁶⁷². Birinci fıkraya uyan bir fiil dolayısıyla (kadının rızası olmadan çocuk düşürtme) kadın beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramışsa, bu halde fail altı yıldan on iki yıla kadar hapisle cezalandırılmaktadır. İkinci fıkrada yazılı fiilin işlenmesi dolayısıyla (gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu düşürtme) kadının beden veya ruh sağlığı bakımından zarara uğraması durumunda, fail üç yıldan altı yıla kadar hapisle cezalandırılmaktadır ⁶⁷³. Gebe kadının rızası bulunması durumunda ağırlaşmış halde öngörülen cezanın, 6-12 yıl yerine 3-6 yıl hapis şeklinde, yarı yarıya olduğu görülmektedir ⁶⁷⁴.

TCK m. 99/4, m. 99/2'nin netice sebebiyle ağırlaşmış halini düzenlemekle beraber, suçun basit halinde, eyleme rıza gösteren kadın için de ceza öngörülmüş iken, nitelikli hal kapsamında, cezanın ağırlaşması sadece eylemi gerçekleştiren fail için öngörülmüştür.

Hekimin oluşan bu ağır netice bakımından en azından taksir düzeyinde kusurunun bulunması ⁶⁷⁵ ve gebeliği sonlandırmaya yönelik eylem ile ağır netice arasında nedensellik bağının olması gerekmektedir ⁶⁷⁶.

2- Çocuğu Düşürtülen Kadının Ölmesi (TCK m. 99/3 ve TCK m. 99/4)

Çocuk düşürtme suçunun, kadının ölmesi şeklinde ortaya çıkan, netice sebebiyle ağırlaşmış halleri de kadının beden ve ruh sağlığının zarara uğraması durumuna paralel

tarafından iade sebebi olarak belirtilen konuda C Başsavcılığınca Çorlu Askeri Hastanesi'nden uzman doktor raporu alındığı, yargılama aşamasında davayı gören mahkeme tarafından gerekli görüldüğü takdirde Adli Tıp Kurumu'ndan görüş alınabileceği gözetilmeksizin, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle....Yargıtay 8 CD, E: 2007/ 8868, K: 2007/6472, T: 1.10.2007, ARTUÇ, s 554, http://www.kararevi.com/karars/557899_yargitay-8-ceza-dairesi-e-2007-08868-k-2007-06472.

671 DÖNMEZ, s: 131.

672 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 313.

673 GÖKCAN, s: 614.

674 TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s: 314.

675 KIZIROĞLU, s: 176; KURT, s: 80.

676 ARTUÇ, s: 545.

şekilde 99. maddenin 3. ve 4. fıkralarında düzenlenmiş olup, rızası olmaksızın çocuğu düşürtülen (TCK m. 99/1) kadının ölmesi 3. fıkroda, tıbbi bir zorunluluk olmaksızın on haftanın üzerindeki gebeliğinin sonlandırılmasına rıza gösteren kadının ölmesi 4. fıkroda ele alınmıştır. Rızası olmayan kadının gebeliğini sonlandırırken ölümüne neden olan fail, 3. fıkra gereğince, on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis, tıbbi zorunluluk olmaksızın on haftadan büyük gebeliği sonlandırırken (TCK m. 99/2) kadının ölümüne neden olan fail 4. fıkra uyarınca, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ile cezalandırılacaktır⁶⁷⁷.

Failin sorumlu tutulabilmesi için, TCK m.23 uyarınca, çocuğu düşürtülen gebe kadının ölmesine yönelik, en azından taksir derecesinde bir kusurun bulunması gerekmektedir⁶⁷⁸. Hekim her ne kadar gerçekleştirdiği müdahale hukuka aykırı olsa da gereken her türlü tıbbi önlemi almış ve buna rağmen kadın, araya giren öngörülemeyen bir nedenle ölmüşse hekimin bu ağır neticeden sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Ancak hekim örneğin gebeliği, hafta ile uygun olmayan riskli bir yöntemle sonlandırmış, yoğun bir kanamayı takip etmemiş, kadını izlemeden eve göndermişse taksirinden hatta nadiren de olsa olası kastından bile söz edilebilecek ve ortaya çıkan ağır neticeden de sorumlu olacaktır. Bir başka ifadeyle aynı müdahale hukuka uygun şekilde gerçekleşmiş olsaydı, hekim taksirle öldürmeden sorumlu tutulabiliyorsa, bu halde de çocuk düşürtmenin netice sebebiyle ağırlaşmış halinden sorumlu tutulması gerekir diye düşünmekteyiz.

Bununla beraber çocuk düşürtme suçunun oluşmadığı ve gebeliğin hukuka uygun şekilde sonlandırıldığı bir durumda da araya giren bir komplikasyon nedeniyle annenin kaybedilmesi söz konusu olabileceksede, bu durumda sorumluluk ancak taksirle öldürmeden olacaktır. Failin gebe kadını öldürmeye yönelik hareket etmesi durumunda ise bu suç değil, kasten öldürme suçu (m. 82/1) oluşacağı belirtilse de⁶⁷⁹, bir hekimin hastasını öldürmek kastıyla hareket etmesi beklenemeyeceğinden, gebeliği sonlandırmaya yönelik tıbbi müdahaleler bağlamında kural olarak böyle bir sorumluluğun söz konusu olamayacağı düşüncesindeyiz.

3- Çocuğun Yetkili Olmayan Kişi Tarafından Düşürtülmesi (TCK m. 99/5)

677 KANBUR, s: 1242 ; GÖKCAN, s: 614.

678 KIZIROĞLU, s: 176; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 196; KANBUR, s: 1242; KURT, s: 81; ARTUÇ, s: 545.

679 GÖKCAN, s: 615.

Gebeliğin yetkili olmayan bir kişi tarafından sonlandırılması TCK m. 99/5'te çocuk düşürtme suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir⁶⁸⁰. Eylemin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesinin daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmesinin, bu yolla annenin sağlığının daha fazla tehlikeye sokuluyor olması düşüncesinden kaynaklandığı söylenmektedir⁶⁸¹. Gebeliği sonlandırmada kimlerin yetkili olduğu RTSHYDİT'de gösterilmiş olup, buna göre on haftayı geçmeyen gebeliklerde rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının yanı sıra, bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler tarafından da, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstruel regulasyon yöntemiyle yapılabilmektedir (RTSHYDİT m. 3). Buna karşılık tıbbi zorunluluk nedeniyle gebelik süresi on haftayı geçen kadınlarda rahim tahliyesi yalnızca kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından yapılabilmektedir (RTSHYDİT m. 5). Bunun dışındaki kişiler tarafından rahim tahliyesi yapılması durumunda bu nitelikli hal uygulama alanı bulmaktadır⁶⁸². Yani, tüzükte öngörülmeyen kişiler dışında kalanların gebeliği sonlandırması halinde, yetkisiz olmaları nedeniyle, 5. fıkradaki suç oluşmakta, bir başka ifadeyle gebeliği sonlandırmanın yetkili kişi olmaması halinde, alacağı ceza yarı oranında arttırılarak belirlenmektedir⁶⁸³.

Gerekçenin lafzından⁶⁸⁴, gebe kadının sağlığının zarar görmesi ve ölmesi şeklindeki nitelikli hallerin (m.99/3 ve m.99/4) yetkisiz kişilerin ellerinde ortaya çıkması durumunda cezanın sanki ağırlaşmayacağı gibi bir izlenim çıkmakla beraber maddenin hükmü, müdahalenin yetkisiz kişi tarafından gerçekleştirilmesinin suçun hem temel hem de diğer nitelikli hallerinde cezayı arttıracaklarını açıkça ortaya koymaktadır.

Biz de gebeliği sonlandırmak üzere gerçekleştirilecek müdahalelerin özel bir uzmanlık gerektirdiği, ehil olmayan ellerde yapıldığında, anne sağlığı için çok daha büyük

680 ARTUÇ, s: 545; KANBUR, s: 1242; GÖKCAN, s: 615; KİZİROĞLU, s: 176.

681 DÖNMEZ, s: 133; KURT, s: 81.

682 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 314.

683 Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 27.02.1967 tarihinde vermiş olduğu bir kararda ruhsatnameli ebe tarafından yapılan müdahale neticesinde kadının ölmesini nitelikli hal olarak değerlendirmiştir. Böyle durumlarda ayrıca Adli Tıp Kurulu'ndan rapor alınmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir. YCGK 27.02.1967, E 1967/42, K 1967/53, www. kazanci.com, ET:25.11.2007 aktaran DÖNMEZ, s: 134.

684 TCK m.99/5 - Gerekçe : Beşinci fıkrada; rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi, suç olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçların gebeliği sona erdirme konusunda meslek olarak yetkili olmayan kişiler tarafından işlenmesi, bu suçlardan dolayı verilecek cezanın artırılması sebebinin oluşturmaktadır.

risk taşıdığını, annede ortaya çıkan yaralanma ve ölüm olayları, yetkili kadın doğum uzmanı tarafından ya da yetkisiz üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olması bakımından kıyaslandığında, belirgin farklılıklar görüldüğü, bu yüzden bu nitelikli halin oluşturulmasının yerinde olduğu kanaatindeyiz.

İ-SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

1- Teşebbüs

TCK'nın genel anlamda suça teşebbüsü düzenleyen hükümleri 35. maddede ⁶⁸⁵ düzenlenmiştir. Çocuk düşürtme suçları teşebbüse elverişli ⁶⁸⁶ olup, suç, ceninin yaşamına son verilmesiyle tamamlanmaktadır ⁶⁸⁷. Eylem, bu sonucu doğurmaya elverişli şekilde gerçekleştirilmesine karşın herhangi bir nedenle netice gerçekleşmediğinde teşebbüs söz konusu olmaktadır ⁶⁸⁸. Gebeliği sona erdirmeye doğrudan doğruya başlamayı ifade eden hareketin gerçekleştirilmesiyle birlikte fail teşebbüs alanına girmiş sayılmakta, örneğin, hekimin süresi 10 haftayı aşmış bir gebelikte rahim tahliyesine yönelik müdahaleye başlamış ve fakat kendisi dışında sebeplerle ceninin anne ile olan yaşamsal bağının sona erdirilememiş olması halinde, suç teşebbüs aşamasında kalmaktadır. Hazırlık hareketleri ise, teşebbüs nedeniyle cezalandırılmamaktadır ⁶⁸⁹. Örneğin, gebeliği sona erdirmeye yönelik bir ilaç veya aracın satın alınması veya imal edilmesi veya bulundurulması bu suçun hazırlık hareketi niteliğinde olduğu için suça teşebbüs nedeniyle cezalandırılmayacağı belirtilmektedir ⁶⁹⁰.

Çocuk düşürtme suçunun tamamlanması için çocuğun yaşamının sona ermesi gerekmekte olup, çocuk anne karnından tahliye edilmesine karşın, yaşamı sona ermemiş ve yaşıyorsa bu durumda da teşebbüsten söz edilmektedir ⁶⁹¹. Yaşama yeteneği kazanamamış

685 TCK m.35: (1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.(2) Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.

686 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s : 198; HAKERİ, Tıp Hukuku s: 733; TEZCAN /ERDEM / ÖNOK, s: 312; KANBUR, s: 1252; GÖKCAN, s: 616, KURT, s: 76.

687 ARTUÇ, s: 550.

688 KANBUR, s: 1252.

689 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 734; DÖNMEZ, s: 126.

690 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 312; KURT, s: 76.

691 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s : 198; HAKERİ Tıp Hukuku, s: 734; GÖKCAN, s: 616.

çocuğun erkenden anne rahmi dışına çıkarılması yüzünden ölmesi durumunda ise suç tamamlanmış kabul edilmekteyse de çocuğun ölümü başka bir nedenden olmuş, yani yapılan müdahale ile ölüm arasında nedensellik bağı kurulamıyorsa suç yine teşebbüs aşamasında kalmış olmaktadır.

Kadının çocuğun düşürülmesi yönünde yaptığı anlaşma veya bu konuda gösterdiği rıza, örneğin gebeliğin sonlandırılması için bir kliniğe yatması, hazırlık hareketleri olarak kabul edilmekte, buna karşılık kadının ameliyathaneye alınmasının, tıbbi müdahale için gerekli aletlerin hazırlanmış olmasının ve anestezinin verilmeye başlanmasının artık icra hareketlerine başlama olarak değerlendirileceği belirtilmektedir ⁶⁹².

Failin hareketinin çocuğu düşürmeye elverişli olması gerektiği için, çocuğun düşürülmesi amacıyla gebe olmayan bir kadına yönelik hareketler 'işlenemez suç' oluşturmakta ve cezalandırılmamaktadır ⁶⁹³, bununla birlikte kadına karşı yaralamadan dolayı sorumluluk oluşabilecektir ⁶⁹⁴. Bazen de suç teşebbüs aşamasında kalmış iken, annede yaralanma ortaya çıkmış olabilir. Buna örnek olarak hekimin çocuğu almak için bütün icrai hareketleri tamamladığı, ancak rahmin delinmesi dolayısıyla, kadının hastaneye kaldırıldığı, çocuğun ölü olarak alındığı olayda Yargıtay, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığına karar vermiştir ⁶⁹⁵. Kanaatimizce, şayet fetus, yapılan müdahale öncesi zaten ölmüş değil idiyse, çocuğun ölü olarak tahliye edilmesinden dolayı suç teşebbüs aşamasında kalmamış, tamamlanmış olmaktadır. Çünkü maddi unsuru tartışırken de ele aldığımız gibi, fetusun yani ceninin yapılan hareket neticesi ölmüş olması yeterli olup, ayrıca rahmin tahliye edilmiş olması şartı aranmamaktadır. Fetus müdahale öncesi ölmüş idiyse, ki ispat edilemediği sürece şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği öyle de kabul edilmesi gerekir, kasten yaralama suçu oluşacaktır.

Çocuk düşürtme suçunda gönüllü vazgeçmenin de mümkün olduğu, örneğin gebeliği sonlandırma işlemini hastaya ya da cenine acıyarak tamamlamayan hekimin TCK

692 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 734.

693 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s : 198; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 312.

694 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s : 198; TEZCAN /ERDEM /ÖNOK, s: 312; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 734.

695 Ondört haftalık hamile sanık Emine'nin tıbbi nedenler yokken kocası ile hamile kaldığı çocuğu aldırarak için diğer sanık doktora geldikleri, doktorun kürtaj müdahalesi ile çocuğu almak için bütün icrai fiileri tamamladığı, ancak rahmini delindiği için hastaneye kaldırılan Emine'nin çocuğunun ölü olarak alındığı ve rahminin çıkartılması ile uzuv tatili olduğu anlaşılacakla, eylemin tam teşebbüs aşamasında kaldığını kabulü gerekir". Yargıtay. 8 CD. 1998/837 E., 1998/1919 K, 18.02.1998 Corpus İçtihad Programı, aktaran HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 735.

m.36 uyarınca ⁶⁹⁶ gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacağı belirtilmektedir ⁶⁹⁷. *Ünver* de hareketlerin icrası tamamlanmadan failin kendi iradesiyle tamamlamaktan vazgeçmesi veya hareketler tamamlanmış olsa da neticenin ortaya çıkmasının failin hareketleriyle engellenmesi durumunda TCK m.36 uyarınca gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir ⁶⁹⁸.

Kanaatimizce de hekim acıma, vicdani rahatsızlık ya da cezai sorumluluk korkusu gibi bir nedenle, müdahale geri dönülemez bir aşamaya gelmeden tamamlamaktan vazgeçebilir. Ya da yaşama kabiliyeti olmadığı ve eylem sırasında öleceği beklenen bir fetus canlı doğabilir. Bu durumda müdahaleyi gerçekleştiren hekim kendi imkanları ya da pediatri uzmanlarından alacağı yardım ile yenidoğan çocuğun yaşamına devam etmesini temin ederek neticeyi önlerse gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilecektir.

2-İştirak

Hakeri TCK'da çocuk düşürtme suçunda iştirake ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığını, genel hükümlerin bu suç bakımından da geçerli olacağını belirtmektedir ⁶⁹⁹. TCK'nın iştirake ilişkin hükümlerinin 37., 38., 39., 40. ve 41.maddelerde düzenlendiği görülmektedir.

Bununla beraber, TCK.m.99/2 hükmünde gebe kadının faillik durumuna ilişkin özel düzenleme dikkati çekmektedir. Kadın tıbbi bir zorunluluk olmaksızın on haftadan büyük gebeliğinin sonlanmasına rıza gösterdiği takdirde bu madde uyarınca, müdahaleyi gerçekleştiren kişi ile beraber fail olarak sorumlu tutulmaktadır. Kadın müdahaleye rıza göstererek hekimle birlikte suçun işlenmesini sağladığı gibi, aynı zamanda azmettiren de olabilmektedir. Bu durumda kadın için de müdahaleyi gerçekleştiren fail ile aynı miktarda bir cezanın öngörülmüş olması gerekli iken yapılan özel bir düzenleme ile çok daha hafif bir cezaya hükmedilmiş olduğu görülmektedir.

Ünver müdahaleyi gerçekleştiren fail ile rıza gösteren kadın arasında böyle bir farklılık yaratılmasının hatalı olduğunu düşündüğü gibi, m. 99/2 ile m.100'deki eylemlerin nitelik ve sonuçları açısından eşdeğer tutulmasını da eleştirmekte ve m.100'de eylemi

696 TCK m.36: Fail suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz, fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.

697 KANBUR, s: 1252.

698 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s : 198.

699 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 735.

bizzat gerçekleştiren kişi olduğu halde kadın için, m.99/2 ile aynı cezanın öngörölmüş olmasını yetersiz bulmaktadır⁷⁰⁰.

Böylece on haftadan büyük bir gebeliğin tıbbi bir zorunluluk olmaksızın sonlandırılması durumunda kadının sorumluluğunu belirlerken m.99/2 veya m.100'e göre ele alınması yönünden fark olmamakta, ancak hekimin sorumluluğu açısından bu ayrım önem taşımaktadır. Gebeliği sonlandırmaya yönelik eylem hekim tarafından gerçekleştirilip kadın buna rıza gösterdiği takdirde, sorumluluk m. 99/2'ye göre belirlenecek iken, gebeliği sonlandırmaya yönelik eylemi bizzat gebe kadın yaptığında m.100 uyarınca sorumlu olmakta, şayet hekim kadını gebeliğini sonlandırması konusunda azmettirmiş, teşvik etmiş, ona yol göstermiş ve uygun vasıtalar sağlamış ise o da m.100'e iştirakten sorumlu tutulmaktadır.

Annenin kendi çocuğunu düşürmesi TCK m.100'de bağımsız suç olarak ayrıca düzenlenmiş olduğu için, TCK m. 99'da düzenlenmiş çocuk düşürtme suçunun faili, cenini taşıyan kadın dışında herhangi bir kimse olabilecektir. Bununla birlikte, tıbbi bir zorunluluk ya da endikasyon olmaksızın on haftadan büyük gebeliğinin sonlandırılmasına rıza gösteren kadın da m. 99/2'deki düzenleme gereği, müdahaleyi gerçekleştiren hekim ile birlikte fail olmaktadır. Buna göre, gebe kadının rızasına dayanarak onun gebeliğini sonlandıran üçüncü kişiler, m.100'e iştirakten değil, m.99/2'ye göre cezalandırılmaktadır⁷⁰¹. Maddi unsuru incelerken de değinildiği gibi, gebeliği sonlandırmak için mutlaka gebe kadının rahmine yönelik bir müdahale gerekli olmayıp, düşüğe yol açan ilaç kullanımı gibi herhangi bir yöntemle de sonlandırmak mümkündür. Bu durumda kadına ilacı temin edip içmesini sağlayan hekim hangi suçtan sorumlu tutulacaktır. Kanaatimizce m.100'e iştirak ile m.99/2 1.cümlesi arasındaki ayrımı yapmak her zaman kolay olmamakla beraber, gebeliğini sonlandırma talebini hekime iletmiş bir hasta özel olarak muayene edilmiş, gebelik süresi belirlenmiş, reçete düzenlenmiş, hatta müdahale için rızası alınmış, uyması gereken hususlar açıklanmış, kadın kontrole çağrılmış ise, hekimi m.99/2' den sorumlu tutmak gerekse de, on haftanın üstünde gebeliği bu şekilde gözetim dışı sonlandırmak uygulamada hekimlerin tercih ettikleri bir yol olmamaktadır. Gebeliği sonlandırıcı etkisi olan ilaçların da artık kullanımdan kalkmış olmaları nedeniyle hastaya böyle bir reçete yazılması da olası olmadığı gibi, yine hekimlerden, hastaya tıbbi nitelik taşımayan ot, çöp,

700 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s : 200.

701 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 313.

tahriş edici madde vb. sağlamaları da beklenemeyecektir. Dolayısıyla hekimler gebeliği rahime yönelmiş bir tıbbi müdahale ile kendileri sonlandırmak durumundadırlar. Ancak bir hekim, gebe hastasını düşükten kaçınmak için alması gereken önlemler konusunda bilgilendirme yükümlülüğü de taşımaktadır. Hekimin önerileri tam tersinden ele alınır sa düşüğü sağlayıcı bir bilgilendirme niteliği taşıyacak ve uygulandığı takdirde düşüğü sonuçlayabilecektir. Biz sadece bilgi vermenin sorumluluk doğuracağını düşünmemekteyiz, çünkü gebe kadının bu bilgiyi tamamen başka kaynaklardan da edinme olasılığı bulunmaktadır. Ancak hekim kadının gebeliğinin sonlanması amacıyla açıkça önerilerde bulunmuş ve yol yordam öğretmiş ise m.100'e iştiraktan de sorumlu tutulabilecektir.

Ayrıca bu durumda gebe kadına gebeliğini sonlandırma konusunda yol gösteren ebe, hemşire gibi yardımcı sağlık personelinin sorumluluğu m.100'e iştirak kapsamında ele alınabilecekken, bu kişiler gebeliği sonlandıran hekime yardım ettikleri takdirde m.100'e değil, m.99/2'ye iştiraktan sorumlu olacaklardır⁷⁰².

Öğretideki yaygın görüşe göre, bu suçta her türlü iştirak mümkün olmaktadır⁷⁰³. Örneğin failin bu suçu işlemeye yönelik bir düşüncesi yokken böyle bir düşüncesinin oluşmasının sağlanması durumunda azmettirme, fiili işlemesine yardımcı olacak aletlerin temin edilmesi durumunda yardım etme, mağdurun müdahaleye direncinin kırılmasının sağlanması durumunda müşterek faillik söz konusu olacaktır⁷⁰⁴. TCK m. 40/1 uyarınca da, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterli olup, suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen nedenler göz önünde tutulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır.

Kanbur yardımcı sağlık personelinin sorumluluğuna ilişkin olarak, çocuk düşürtmeye yönelik eylemler sırasında hekimlere yardım eden her sağlık mesleği mensubunun suçta iştiraktan sorumlu tutulamayacağını, bu kişilerin iştiraktan sorumluluğunun her somut olaya göre belirlenmesi ve özellikle gebeliğin yasal olmayan koşullarda gerçekleştiğini bilip bilmediklerinin göz önünde tutulması gerektiğini belirtmektedir. Yardımcı sağlık personeli, somut olayın özelliğine göre, gebe kadının rızasının olmadığını, gebeliğin on haftayı aşmış olduğunu, ya da işlemi yapan kişinin

702 GÖKCAN, s: 616.

703 AYDIN, s: 94; KANBUR, s: 1253; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 302 ; KURT, s: 80; ARTUÇ, s :550.

704 DÖNMEZ, s: 129.

yetkili olmadığını biliyorsa, ve buna rağmen yardıma devam ederse, suça iştirakten sorumluluğu söz konusu olacaktır ⁷⁰⁵. Ayrıca gebeliğini kanunlara aykırı şekilde sonlandırmak isteyen bir kadına, bunun için diğer bir hekim önerildiği takdirde de, suça yardımdan ötürü sorumluluk doğacağından söz edilmektedir ⁷⁰⁶, ki bu durum uygulamada en sıklıkla on haftayı aşmış bir gebeliği sonlandırmak istemeyen hekimin gebe kadını başka bir hekime yönlendirmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bununla beraber, iki hekim arasında bir işbirliği yoksa, gebe kadının diğer hekime ulaşması için aracılık yapılmış, randevu alınmış, hastanın durumu ile ilgili bilgi alışverişinde bulunulmuş değilse, sadece bir isim verilmiş olmasının iştirakten sorumluluk doğurmayacağı kanaatindeyiz.

3- İctima

Öğretide çocuk düşürtme suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmaktadır. Zincirleme suçun oluşabilmesi için genel olarak suçun birden fazla olması, suçun değişik zamanlarda işlenmesi, suçların aynı olması, suçun aynı kişiye karşı işlenmesi, kasten öldürme ve yaralama, işkence ve yağma suçları olmaması ve tek suç işleme kararına dayanması gerekmektedir. Buna göre çocuk düşürtme suçunda TCK m. 43/1 hükümlerinin uygulanabilmesi için, suçun mağduru olan gebe kadına karşı, değişik zamanlarda, çocuk düşürtme suçunun birden fazla işlenmesi, dolayısıyla, kadının birden fazla gebeliğinin aynı kişi tarafından bir kereden fazla sonlandırılması gerektiği, ancak suçun mağduru olarak cenin kabul edildiği takdirde, her cenin farklı bir varlık olduğu için mağdur sayısının birden fazla olacağı ve zincirleme suç hükümleri uygulanamayacağı belirtilmekle beraber, ceninin ceza hukuku bakımından kişi olarak değerlendirilmediği de eklenmektedir. Yazar, özellikle ceninin yaşamının hukuki değer olarak korunduğu on haftanın üzerindeki gebeliklerde, ceninin, suçun mağduru olarak kabul edilmesini, ve gebeliğin sonlandırmasına zincirleme suç hükümleri uygulanmamasını da savunmaktadır ⁷⁰⁷. Ancak gebe kadının rızası olmadığı takdirde, gebelik on haftadan küçük ya da büyük olsa da, gebe kadın suçun mağduru kabul edilecek ve birden fazla gebeliğin sonlandırılması durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Bu nedenlerle yazara göre, öncelikle suçun mağdurunun kim

705 KANBUR, s: 1253.

706 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 735.

707 DÖNMEZ, s: 127.

olduğunun netleştirilmesi gerekmektedir⁷⁰⁸. Kanaatimizce suçun mağduru gebe kadın olmakla beraber, her gebeliğin sonlandırılması ayrı bir suç oluşturacağından zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır.

Öğretide bir diğer görüş de, çocuk düşürtme suçu açısından TCK m.43/1 çerçevesinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı yönündedir, zira TCK m.43/1'de zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi için suçun aynı kişiye karşı işlenmesi zorunluluğu arandığından ve bu suçun niteliği gereği bir suç işleme kararı çerçevesinde birden fazla işlenmesi, yani bir suç işleme kararı ile bir gebe kadının çocuğunu bir kereden fazla düşürtülmesi mümkün olmadığından, çocuk düşürtme suçu açısından TCK m. 43/1 hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır. Yazarlara göre, bu bölümdeki suçlar kişilere karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş olduğundan ve doğmamış çocuğun kişi olarak kabul edilmesi de mümkün olmadığından, böyle bir durumda aynı suç işleme kararı ile birden fazla suçun işlendiği de söylenemeyecektir⁷⁰⁹. Buna karşılık aynı yazarlar, cenini kişi olarak kabul etmemekle beraber, çoğul gebelik durumunda aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiille işlendiğini ve TCK m. 43/2 uyarınca zincirleme suç kuralları uygulanabileceğini belirtmektedirler⁷¹⁰ ve ceninin kişi olarak kabul edilip edilmemesi hususunda oluşan bu çelişkiye *Dönmez* tarafından da dikkat çekilmektedir⁷¹¹.

Özbek ve diğerleri bu suçta zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmektedirler. Yazarlar, genelevde çalışan bir hayat kadınının anlaştığı bir kadın doğum uzmanına, on haftadan büyük birden fazla gebeliğini sonlandırmak için gitmesi halinde, hem gebe kadının hem gebeliği sonlandıran kişinin TCK m.99/2 çerçevesinde m.43/1 uyarınca göre sorumlu tutulabileceği örneğini vermektedirler⁷¹².

Yine aynı yazarlar, çocuk düşürtme suçu açısından TCK m.43/2 kapsamında da zincirleme suç oluşabileceğini, birden fazla gebe kadına karşı tek bir fiille bu suçun işlenebileceğini, gebeliği sona erdirici etkisi olan bir enjeksiyonun birden fazla kadına karşı yapılması örneği ile açıklamaktadırlar⁷¹³. Öğretide bir diğer görüşe göre ise birden

708 DÖNMEZ, s: 128.

709 TEZCAN /ERDEM /ÖNOK, s:312.

710 TEZCAN /ERDEM / ÖNOK, s: 313.

711 DÖNMEZ, s: 128.

712 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN /BACAKSIZ / TEPE, s: 303.

713 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN /BACAKSIZ / TEPE, s: 303.

fazla gebe kadına karşı suç işlenmesi halinde mağdur sayısınca suç oluşacağı belirtilmektedir⁷¹⁴.

Öğretide çoğul gebeliklerde zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin de farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre cenin sayısı birden fazla olsa da burada mağdur sayısı tek olduğu için tek bir çocuk düşürtme suçu oluşacaktır⁷¹⁵. Yine bir diğer görüşe göre, çoğul gebelik durumunda, aynı müdahale sonucunda suçun işlenmesi halinde, çocuk adedince değil, tek suç oluşacağı, zira çocuklardan birinin düşürtülmesinin, diğerlerinin de düşürtülmesi anlamına geldiği belirtilmektedir⁷¹⁶. Buna karşılık bir diğer görüşe göre, çoğul gebeliklerin sonlandırılmasında tek fiille birden fazla kişiye karşı suç işlendiğinden TCK m.43/2 uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı, çünkü çoğul gebeliğin sonlandırılması durumunda, her bir çocuğun ayrı ayrı düşürtülmesi suçunun oluşacağı ifade edilmektedir⁷¹⁷. Ancak *Hakeri*, burada söz konusu olan ceninin kişi olarak değerlendirilmediğine, bu durumda zincirleme suçun söz konusu olmayacağına dikkat çekmektedir. Bununla beraber yazara göre, kişi olarak kabul edilenler bakımından uygulanabilecek bir hükmün, ceza hukuku bakımından daha az korunan varlıklar bakımından kabul edilmemesi adil olmayan bir sonuca yol açmaktadır⁷¹⁸. *Hakeri*'nin ceninin birey olmadığı için daha az korunmaya layık olmadığı görüşünden hareketle zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması gerektiği görüşüne ise⁷¹⁹, TCK m.2/3'de kanunların suç ve ceza içeren hükümlerine kıyas, hatta kıyasa yol açacak biçimde genişletici yorum dahi yapılamayacağını açık ve kesin olarak düzenlenmiş olduğunu belirten *Dönmez*, karşı çıkmaktadır⁷²⁰. Kişiliğin çocuğun sağ ve tamamıyla doğduğu andan başlayacağını öngören TMK 28.madde hükmü dikkate alındığında, *Dönmez*'in bu görüşünde haklı olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Çoğul gebeliklerde çocukların düşürtülmesi durumunda bunların her birinin ayrı ayrı çocuk düşürtme suçunu oluşturacağı, ancak burada failin birden çok çocuğun düşürtülmesine yönelik kastının varlığının da aranması gerektiği belirtilmekte ve annenin birden fazla çocuğa gebe olduğunu bilmeden çocuğunu düşürtmeye yönelik hareketi

714 GÖKCAN, s: 306.

715 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN /BACAKSIZ / TEPE, s: 303; KANBUR, s: 1254.

716 GÖKCAN, s: 616.

717 TEZCAN /ERDEM /ÖNOK, s: 313.

718 HAKERİ, s: 736.

719 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 736; DÖNMEZ, s: 128.

720 DÖNMEZ, s: 128.

gerçekleştiren kişinin ikiz çocukların düşmesine neden olması durumunda bir çocuk açısından kasten, diğeri açısından taksirle düşürtme suçu gerçekleşmiş olacağı örneği verilmektedir⁷²¹. Bu durumda taksirle işlenen suç açısından ceza verilmeyeceği için tek bir çocuk düşürtme suçundan dolayı sorumluluk doğacağı, ancak failin ikiz gebeliğın olabileceğini öngörmesine rağmen bu durumu göze alıp kabullenerek hareket etmesi halinde olası kastla çocuk düşürtmeden de sorumlu olacağı söylenmektedir⁷²²

Artuç, zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını, birden fazla kadının çocuğunu düşürtmenin mağdur kadın sayısınca çocuk düşürtme suçu oluşturduğunu, çoğul gebeliğın sonlandırılması durumunda, çocuk sayısınca veya zincirleme suç işlenmiş olmayıp, tek bir çocuk düşürtme suçu oluştuğunu, ancak çoğul gebeliklerde bir veya iki ceninin yaşaması için diğerklerinin yaşasının sonlandırılmasında ise tıbbi zorunluluğa dayanan hukuka uygunluk nedeninin bulunduğunu belirtmektedir⁷²³.

Ünver, zincirleme suç hükümlerinin ancak çoğul gebelik durumunda ve teknik olarak zor olmakla beraber tek bir eylemle birden fazla kadının gebeliğının sonlandırılması durumunda olmak üzere kısıtlı bir uygulama alanı olduğu görüşündedir. Yazar çoğul gebeliklerde de suçun cenine değil anneye karşı işlendiğini kabul ederek, bir kadının çoğul gebeliğine farklı zamanlarda aynı suç işleme kararı ile müdahalede bulunulması gibi ayrık durumlar dışında zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmektedir⁷²⁴.

Kanaatimizce bir kadının farklı gebeliklerinin sonlandırılmasında eylemlerin her biri ayrı suç oluşturmaktadır. Tek bir hareketle birden fazla kadının gebeliğının sonlandırılması da tıbben olası gözükmemektedir. Çoğul bir gebeliğın tümüyle sonlandırılmasında da anneye karşı tek bir suç işlenmiş olmaktadır. Nadiren ilk müdahalede fetusların birinin içerde yaşamaya kalıp devam etmesi ve hemen akabinde fark edilerek onun da düşürtülmesi durumunda tek bir eylem olarak kabul edilmelidir. Araya giren belli bir zaman diliminden sonra geriye kalan fetus ya da fetuslar da düşürtülürse ancak o zaman zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Nadiren de olsa bu durum, kadının gebeliğının tekiz olarak bile devamını sonradan istememesi halinde ortaya çıkmaktadır.

721 AYDIN, s: 94.

722 AYDIN, s: 95.

723 ARTUÇ, s: 552.

724 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 199, 200.

Çoğul gebeliklerdeki fetoredüksiyon uygulamaları ise, genellikle gebeliğin erken döneminde anne sağlığı açısından tıbbi zorunluluk nedeniyle yapılan hukuka uygun müdahaleler olmakta ve sıklıkla on haftalık sürenin altında annenin rızasına dayanarak gerçekleştirilmektedir. İleri hafta çoğul gebeliklerin fetoredüksiyonla sonlandırılmasında da kural olarak tıbbi zorunluluklara dayanılmaktadır. Bu tür uygulamaların tıbbi zorunluluk olmadan yapılması olası gözükmemektedir, çünkü ileri haftalarda, rahim içinde aynı anda canlı ve ölü fetusun ya da fetusların bulunması tıbben çok riskli ve istenmeyen bir olay olarak ele alınmakta, bu durum kendiliğinden geliştiğinde dahi takibi oldukça riskli ve zor olmaktadır. Dolayısıyla bize göre çocuk düşürtme suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması, yukarıda söz ettiğimiz çok ayırık durumlar dışında olası gözükmemektedir.

Çocuk, düşürtmeye yönelik hareketlerin yapılmasının ardından, dünyaya sağ olarak gelir, fakat bu fiilden kaynaklanan nedenlerle sonradan ölürse sorumluluğun sadece çocuk düşürtme suçundan olacağı, ancak canlı doğan çocuğun ölümüne neden olacak başkaca hareketler de yapılmışsa, bu durumda hem çocuk düşürtme hem de öldürme suçlarından ayrı ayrı sorumluluk oluşup ayrı ayrı cezalandırılacağı ifade edilmektedir⁷²⁵. Burada çocuk düşürtme suçunun tamamlanmayıp teşebbüs aşamasında kaldığını, dolayısıyla failin çocuk düşürmeye teşebbüs ve öldürmeden sorumlu olacağı ise öğretide bir diğer görüş tarafından öne sürülmektedir⁷²⁶. Benzer bir durum yüksek mahkemenin de bir kararına konu olmuş ve Yargıtay, failin tek suçtan dolayı cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir⁷²⁷.

Çocuk düşürtmeye yönelik fiil annenin ölümüne veya yaralanmasına yol açmış ise bu durum, netice yüzünden cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal oluşturduğu için (TCK m.99/3-4) ayrıca anneye yönelik taksirle öldürme veya yaralamadan dolayı fail cezalandırılmayacağı belirtilmektedir⁷²⁸.

Kanaatimizce gebelik sonlandıktan sonra canlı doğan çocuğun ölümüne yönelik icrai hareketlerde bulunulursa öldürmeden dolayı sorumluluk söz konusu olacaktır. Ancak

725 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 737, AYDIN, s: 96.

726 AYDIN, s: 96.

727 Yargıtay 1. CD, E: 1937/ 5381, K: 1937/ 2763, T: 24.06.1937:Gayri meşru olarak gebe kaldığı yedi aylık çocuğunu, namusunu kurtarmak için rızasıyla düşüren ve düşürten, sonra da yaşayabilecek durumda bulunan bu çocuğunu öldüren suçlunun hareketini bir fiil saymak icap ederken, suçluya hem çocuk düşürtmekten ve hem de öldürtmekten ayrı ayrı ceza verilmesi yolsuzdur. Yargıtay 1. CD, E: 1937/ 5381, K: 1937/ 2763, T: 24.06.1937, HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 737.

728 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 313.

öldürme eylemi öncesi çocuğun canlı doğup yaşamaya devam etmesi halinde, *Aydın*'ın belirttiği gibi faili ancak çocuk düşürtmeye teşebbüs ve öldürmeden sorumlu tutmak gerekmektedir. Canlı doğan çocuk müdahale edilmemesi nedeniyle ölürse aynı şekilde teşebbüs ve ihmal suretiyle öldürmenin varlığı kabul edilmelidir.

Annenin sakat kalması ve ölmesi durumunda ise suçun nitelikli hali ortaya çıkacağından ayrıca yaralama ve öldürmeden hüküm kurulmaması gerekmektedir.

J- CEZASIZLIK NEDENİ (TCK m. 99/6)

TCK'nın 99/6 maddesi ile ⁷²⁹, suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasına yönelik özel bir cezasızlık nedeni düzenlenmiştir. *Kızıroğlu* bu düzenlemeyi bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele almaktadır ⁷³⁰. *Hakeri*, mevzuatımıza ilk defa 5237 sayılı TCK ile girmiş olduğunu açıkladığı bu düzenlemeyi özel zorunluluk hali olarak ele almış ve suç endikasyonu şeklinde adlandırmıştır ⁷³¹.

Bu cezasızlık nedeninin uygulanabilmesi için, kadının kendisine karşı işlenen bir suç sonucu gebe kalmış olmasının, gebeliğin 20 haftayı aşmamış olmasının, sonlandırma yönünde kadının rızasının bulunmasının ve gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesinin arandığı belirtilmektedir ⁷³².

Bu düzenlemenin, suç sonucu oluşan bir gebelikte, bu fetusu taşımanın, doğurmanın ve büyütmenin kadın için bir işkence olabileceği, sağlığının bozulup, ruhsal bunalıma girebileceği, hatta intihar edebileceği, çocuğu doğurduğu takdirde, kadına daima cinsel saldırı olayını hatırlatacağı düşüncesinden hareketle yapıldığı belirtilmektedir ⁷³³

Cinsel saldırıya maruz kalmış bir mağdurun yaşadığı şoku atlatması pek çok olayda uzun bir zaman almakta ve mağdur, gebe olduğunu uzun süre sonra anlayabilmektedir ⁷³⁴. Gebe kadın doğal olarak gebeliğin devamını istemeyebileceğinden, bu düzenleme ile

729 TCK m.99/6: Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.

730 KIZIROĞLU, s: 182.

731 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 738.

732 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s, 315; ARTUÇ, s: 548; KIZIROĞLU, s: 182; DÖNMEZ, s :134; AYDIN, s: 96; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 301-302; GÜLŞEN, Recep, Hekimlerin Çocuk Düşürtmede Oluşan Cezai Sorumluluğu, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s: 193; GÜLŞEN, Recep, ' Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi', V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008 s: 1216.

733 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 739 ; GÜLŞEN, Suç Sonucu Oluşan, s: 1209.

734 KURT, s: 81.

kadının vücudu üzerinde karar verme hakkı da 20 haftaya kadar uzamış olmaktadır. Ancak bu süre dolduktan sonra ise ceninin yaşama hakkına üstünlük tanındığı belirtilmektedir ⁷³⁵.

Maddenin uygulanabilmesine imkan veren suçlar, kadının ve çocuğun cinsel istismarı (TCK m. 103/2), cinsel saldırı (TCK m.102/2) ve reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK 104) suçları olarak açıklanmakta, reşit bir kadının başka bir erkekle rızasıyla girdiği cinsel ilişki sonucu gebe kalması veya fuhuş sonucu gebe kalması, evli bir kadının zina sonucu gebe kalması ya da reşit kimseler arasında rızayla gerçekleşen ensest ilişki sonucu oluşan gebeliklerde bu hüküm uygulanmayacağı belirtilmektedir ⁷³⁶. Ünver ayrıca kadına karşı cinsel bir saldırı gerçekleşmemiş olsa da, spermlerin zorla bulaştırılması, enjekte edilmesi, zorla suni dölleme gibi cinsel saldırı niteliği taşımayan suçların da bu bağlamda ele alınması gerektiğini belirtmektedir ⁷³⁷. Bize göre de, kadının rızasıyla gerçekleştirdiği cinsel eylemler sonucunda oluşan gebeliklerin suç ürünü olarak kabul edilmesi doğru değildir ve suiistimale açıktır. Ancak toplumun ruh sağlığının korunması anlamında, ilerde nesep sorunları, doğacak çocukta ortaya çıkaracağı ruhsal problemler vb göz önünde tutularak, ensest ilişkiler sonucu oluşan gebeliklerin de böyle bir düzenlemeye dahil edilmesi düşünülebilirdi. Ünver'in, kadının zorla gebe kalmasını sağlayan diğer uygulamaların da bu suç kapsamında ele alınması yaklaşımı da çok haklı olup, kadının rızası olmaksızın gebe bırakılması, eylem cinsel suç niteliği taşımasa da, açıkça kadının beden bütünlüğüne ve dokunulmazlığına yönelmiş bir saldırı niteliğinde olmaktadır.

Bir kadının aile içi cinsel saldırı olduğunu ileri sürerek ilerlemiş gebeliğini sonlandırdıktan sonra şikayetten vazgeçmesi, rızalarıyla birlikte olan reşit olmayan gençlerin istenmeyen gebeliklerini sonlandırmak için bu hükümden yararlanmaları ya da genel olarak reşit olmayanların ilişkileri sonucu oluşan istenmeyen gebeliklerde nasıl hareket edileceği gibi soruların net bir cevabı bulunamamakta ve normun düzenlenmesinde hatalar olduğu söylenmektedir ⁷³⁸. Biz de yazarın bu görüşüne katılmaktayız. Bu hüküm, suç sonucu oluştuğu iddiasına dayanarak yirmi haftaya kadar gebeliklerin sonlandırılması için açık kapı bırakmaktadır.

735 DÖNMEZ, s: 134.

736 GÜLŞEN, Suç Sonucu Oluşan, s : 1219; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 739.

737 ÜNVER, Yener, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürtme Suçları', Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 2, Yıl 2009, s: 206.

738 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 740.

Bu hükmün uygulanabilmesi için aranması gereken ‘kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalma olgusu’ nun kim tarafından belirleneceği de ayrıca tartışma konusu olmaktadır. Bir gebeliğin suç sonucu oluştuğunun kesin olarak ancak yargılamanın kesinleşmesi ile saptanabileceği, ancak kesinleşmiş bir mahkeme kararının beklenmesi durumunda gebelik çoktan sona ermiş olacağı için ⁷³⁹, durumun hekim tarafından Cumhuriyet Başsavcılığından sorulması önerilmektedir ⁷⁴⁰. Savcılıkça, yapılan soruşturmada suçun işlendiği ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin oluştuğunun belirtilmesi veya kamu davasının açılmış olması durumunda gebeliğin sonlandırılabilmesi düşünülmektedir ⁷⁴¹.

Bununla birlikte, ülkemiz koşullarında birtakım psikolojik ve sosyal nedenlerle suç mağduru kadının olayın adli makamlara iletilmesini istememe, bu konuda işbirliği yapmama olasılığı mevcut olduğundan, öğretide mağdurun beyanına dayanarak, suç şüphesinin oluşmasının ve hekimin gebeliğin suç sonucu meydana gelmiş olduğuna kanaat getirmesinin yeterli olduğu da savunulmaktadır ⁷⁴². *Kızıroğlu*, diğer ülkelerde de benzer uygulamaların olduğunu ileri sürmekte ve bu konuda bir açıklığın bulunmamasının, bu düzenlemeyi uygulanamaz duruma getirebileceğini vurgulamaktadır ⁷⁴³.

Ünver de, kadının beyanının tespitinin madde metninde düzenlenmemiş olmasını önemli bir eksiklik olarak görmektedir. Kadının beyanı mı esas alınmalı, yoksa kadının suç sonucu gebe kaldığının ispatlanması ve failin mahkumiyeti mi beklenmelidir sorusuna yazar, mahkumiyet kararı arandığında her durumda gebeliğin sonlandırılması için geç kalınacağını, ancak suçüstü yargılamasına benzer şekilde hızlı bir yargılama ile suçun ispatının aranabileceğini, kadının beyanına dayanıldığında ise, suç olmayan durumlarda da gebeliğin sonlandırılmasının söz konusu olacağını ifade etmektedir. Yazara göre, bu durum özellikle eşlerin herhangi bir nedenle on haftayı aşmış gebeliği sonlandırmak istemelerinde, kadının aile içi cinsel saldırı iddiasıyla başvurması ve gebeliklerin keyfi şekilde sonlandırılması gibi bir tehlike ortaya çıkacaktır. Bunun için yazar konunun

739 KIZIROĞLU, s: 183, DÖNMEZ s: 135, TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 315; KURT, s: 82.

740 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 741; GÜLŞEN, Suç Sonucu Oluşan, s: 1217.

741 DÖNMEZ, s: 135 ; GÜLŞEN, Hekimlerin Çocuk Düşürtmede , s: 194.

742 GÜLŞEN, Hekimlerin Çocuk Düşürtmede, s: 193.

743 KIZIROĞLU, s: 183.

mutlaka madde metninde düzenlenmesi ve bir kurum ya da kurulca tespit edilmesi veya hızlandırılmış bir yargılama yapılmasını önermektedir⁷⁴⁴.

Hakeri, daha iyi bir düzenleme yapılana dek, bugün için olayın hiç olmazsa şikayet ya da ihbar yoluyla, adliyeye intikal etmiş olmasını aramak gerektiğini, bunun belli bir güvence sağlayacağını, sadece gebe kadının beyanına güvenilmemesi gerektiğini, ancak gebeliğin sonlandırılabilmesi için kadın gerçek olmayan bir bildirimde bulunmuşsa, hekimin artık kastının olmamasından ötürü sorumlu tutulmaması gerektiğini önermektedir. Bugün savcılıkların da bu uygulamayı kabul ettikleri, kendilerine yapılan bir ihbar, veya yürüttükleri soruşturma veya açtıkları kamu davasına ilişkin yazı verdikleri ve hekimlerin buna dayanarak gebelikleri sonlandırdıkları da yazar tarafından dile getirilmektedir. Kadının suç sonucu gebe kaldığı yönünde güçlü bir olasılık yeterli olup, ayrıca failin tespitinin gerekmediği belirtilse de⁷⁴⁵, yazara göre, bir suç duyurusu ya da soruşturmanın başlatılmış olması gibi durumlar bulunmadığı takdirde, bu hüküm, kötüye kullanılabilir. Alman Hukuku'nda ise bu konuda karar verme yetkisinin hekime bırakıldığı ifade edilmektedir⁷⁴⁶.

Aynı şekilde bir başka görüşe göre de, benzer bir düzenleme içeren Alman Ceza Kanunu'nun 218a / (3). maddesine göre, mağdura karşı böyle bir suçun işlendiği hususunda kesin bir mahkeme hükmünün aranmamasının yerinde bir düzenleme olduğu, bir suçun işlendiğinin ve gebeliğin bu eyleme dayandığının hekim tarafından kuvvetle muhtemel görülmesinin, söz konusu hukuka uygunluk nedeninin kabulü için yeterli olduğu dile getirilmektedir⁷⁴⁷. Gebe kadının bu suçlardan birine maruz kaldığı yönünde şüphenin yeterli sayılması ve hekimin takdirine bırakılması görüşü başka yazarlarca da paylaşılmaktadır⁷⁴⁸.

Bize göre bu durumun hekimin takdirine bırakılması yerinde bir karar değildir, zira herhangi bir hukuk bilgisine de sahip olmayan bir hekimin kadının bir suça uğrayıp uğramadığını araştırmak imkanı, zamanı ve görevi de bulunmamaktadır. Böyle bir

744 ÜNVER, Yener, ' Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun' , Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, Ed. ERDEMİR, ÖNCEL, NAMAL, ÜNVER, DOĞAN, İstanbul 2005, s: 106, ÜNVER, Sağlık Mensubunun, s: 71, dn.64; ÜNVER, Türk Tıp Hukukunda Rıza, s 271, dn: 46.

745 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 741.

746 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 742.

747 SCHMİDT Rolf/ PRIEBE Klaus, Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, 2. Bası, 2003, s: 66 aktaran KIZIROĞLU, s: 183.

748 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 316; KURT, s: 82.

uygulama, hekimi daha fazla sorumluluk korkusuyla karşı karşıya bırakıp daha savunmacı olmaya da itebilecektir.

Kadının her şeye rağmen suç sonucu oluşan bir gebeliği de devam ettirme hakkı olduğundan, rızasının mutlaka aranacağı belirtilmektedir. Gebe kadın küçük ise 2827 sayılı NPHK'nun 6. maddesi gereğince, küçüğün rızası ile velinin izni, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izni de gerekmektedir. Reşit olmamakla beraber mümeyyiz bir kadının çocuğunu doğurmak istemesi durumunda, velinin gebeliğin sonlandırılmasına yönelik izninin geçerli sayılmaması gerektiği, yine gebe kadın evli ise, eşinin rızasının aranmasına ilişkin 2827 sayılı kanun hükmünü de burada uygulanmayacağı söylenmektedir⁷⁴⁹.

Her ne kadar kanunda gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerektiğinden söz edilmekte ise de, RTSHYDİT'de yer alan hükümler gereğince gebelik süresi on haftadan fazla olan kadınlarda rahim tahliyesi, zaten resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılacağına göre, bu cezasızlık nedeninin uygulanması bakımından bu koşulun özel bir anlamı bulunmamaktadır. Dolayısıyla kadın suç sonucu oluşan gebeliği kendisi düşürme yoluna gidecek olursa, düzenlemenin bu şekilde yapılmış olması nedeniyle hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacaktır⁷⁵⁰.

Müdahalenin bir uzman hekim tarafından ve hastanede yapılması şartının, Türkiye'nin her yerinde aynı olanakları sağlamanın mümkün olmadığı, ayrıca hastane masrafını karşılayamayacak durumda olan kimselerin bu imkandan yararlanmasının bu suretle engellendiği öne sürülerek eleştirilmektedir⁷⁵¹. Ayrıca, normal rahim tahliyesinin yapılması için hastane şartı aramayan kanunun, bu tür rahim tahliyesi açısından hastane şartı aramasının haklı olmadığı da belirtilmektedir⁷⁵². Kanaatimizce, RTSHYDİT 6. maddesinde on haftayı geçen gebeliklerde rahim tahliyesinin resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılacağına öngörülmüş olması nedeniyle, tıbbi zorunluluk veya fetusta anomali nedeniyle sonlandırılması gereken on hafta üzeri gebelikler için de bu imkansızlığın geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Bununla beraber, on haftayı aşan diğer ileri hafta gebeliklerde olduğu gibi sonlandırmanın tıbbi

749 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 741; GÜLŞEN, Suç Sonucu Oluşan Gebelik, s: 1225.

750 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 315; GÜLŞEN, Suç Sonucu Oluşan Gebelik, s: 1227.

751 ÜNVER, Türkiye'de Ceza Hukuku, s: 105.

752 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 740.

açından risk taşıma olasılığı daha fazla olduğu için kanun koyucunun gebeliğin güvenli hastane koşullarında sonlandırılması düşüncesinden hareket etmiş olduğu ve suç sonucu oluşan gebeliklerin merdiven altlarında yetkisiz ellerde veya kadının kendisi tarafından güvensiz şekilde sonlandırmasının önlemeye çalıştığını düşünmekteyiz.

Ünver, bu düzenlemenin eksik ve belirsiz olduğunu, suiistimallere imkan verebileceğini belirtmektedir. Yazara göre, suç sonucu gebe kaldığı söylenen kadının, eşi tarafından cinsel saldırıya uğrayarak gebe kalmış olması durumları da özellikle dahil olmak üzere, gebeliğini sonlandırmak için 20 haftaya kadar beklemiş olmasının hukuken kabul edilebilir fiili ve tıbbi bir nedeninin bulunması gerekmektedir⁷⁵³. Bu düzenlemede savaşta cinsel saldırı, kadının engellenmesi gibi nedenlerle suç sonucu oluşan gebeliğin sonlandırılmadığı durumların göz önünde tutulması ve düzenlemenin ona göre yapılması gerekli iken⁷⁵⁴, bu haliyle, kadının beyanına dayalı bir uygulama kabul edildiği takdirde, gebeliği sonlandırmanın mümkün olduğu sürenin 20 haftaya çıkarıldığı, on haftadan sonra istenmeyen cinsiyette çocuk, sakat ve özürlü çocuk, partnerlerin sonradan çocuk veya ileride evlenmek hususunda anlaşamamaları nedeniyle ya da organ ve doku ticareti amacıyla gebeliklerin sonlandırılması için bir açık kapının bırakıldığı, dolayısıyla bu hükme savcı - hakim müdahalesini ve suç tespitini güvenceye alan bir düzenlemenin eklenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁵⁵. Kanunda kadının gebeliğinin, mağduru olduğu bir suç sonucu olduğuna kimin karar vereceğine dair bir açıklığın olmaması başka yazarlarca da eleştirilmektedir⁷⁵⁶.

Kanaatimizce bir gebeliğin varlığı on hafta öncesinde saptanmış, reşit ve mümeyyiz gebe kadın üçüncü bir kişinin etkisi altında olmaksızın hasta-hekim ilişkisini kurmuş ve gebeliğinin sonlandırılması için bir talepte bulunmamış, ayrıca savcılığa yapılmış herhangi bir ihbar ve şikayet de yoksa, ileri dönemde ortaya çıkan, gebeliğin suç sonucu oluştuğu iddiası ve sonlandırma talebine itibar edilmemesi gerekmektedir. Çünkü gebe olduğunu öğrenen ve bu gebelik, mağduru olduğu bir suç sonucu gerçekleştiği için devamını istemeyen bir kadının, birkaç hafta boyunca sessiz kalması, adli makamlara başvurmamış

753 ÜNVER, Türkiye’de Ceza Hukuku, s: 105,106.

754 ÜNVER, Türkiye’de Ceza Hukuku, s: 106.

755 ÜNVER, Yener, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitapçığı, İstanbul, Temmuz 2007, s: 132.

756 KIZIROĞLU, s: 183; DÖNMEZ, s: 135.

olsa bile, en azından hekimden gebeliğini sonlandırmasını talep etmemesi, yaşamın genel akışına ters düşmektedir.

Bununla beraber eş tarafından ve bazen diğer aile bireyleri tarafından gerçekleştirilen cinsel saldırıların savcılığa intikal ettirilmesinden de çeşitli nedenlerle kaçınıldığı bilinmektedir. Yine reşit olmayanlarla cinsel ilişki sonucu, hatta 15 yaşından küçük çocukların cinsel istismarı sonucu oluşan gebelikler ülkemizde çok sıklıkla izlenmekte olup, bu çocukların gerek sağlık kuruluşlarına gerek savcılığa ulaşmaları da en sıklıkla velileri tarafından engellenmektedir. Bu gebeler sağlık kuruluşlarına ulaşmayı becerip mağduru oldukları bir suç sonucu gebe kaldıklarını beyan ediyorsa, ve gebelik saptandığı anda zaten on haftayı aşmış ise, bu durumdaki gebe kadınların savcılık başvurusu yapmak üzere cesaretlendirilmeleri gerektiğini düşünmekteyiz. Hekimin de suçu ihbar etme imkanı bulunmaktadır. Yargılama sonucu kesin hükmün beklenmesi elbette ki yirmi haftalık süre içerisinde gerçekleşecek bir uygulama değildir. Ancak *Ünver*'in önerdiği gibi hızlı bir yargılama sürecinin uygulanmaya konması çözüm olabilecektir. Bu mümkün olmadığı takdirde, savcılıkların suç şüphesi varsa olabildiğince hızlı hareket ederek 20 haftalık süre geçirilmeden iddianame düzenlemelerini sağlayan bir mekanizmanın geliştirilmesi, ve devamında hakimnin izniyle, elbette ki gebe kadının da rızası ve kanunda öngörülen diğer koşulların da gerçekleşmesi koşuluyla, gebeliğin sonlandırılmasının, gebeliğin suç sonucu oluştuğuna kimin karar vereceği hususu, yasal düzenlemelerle açıkça hüküm altına alınana kadar, geçici bir çözüm olabileceği kanaatindeyiz.

K- ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇU (TCK m.100)

1- Genel Olarak

Tezimizin konusu hekimlerin gebeliklerin sonlandırılmasından kaynaklanan sorumlulukları olup, cezai sorumluluğun odak noktasını da TCK m.99'da düzenlenmiş olan çocuk düşürtme suçu oluşturmuş ve ağırlıklı olarak bu suç üzerinde durulmuştur. Ancak, hekimlerin TCK m.100 bağlamında, gebe kadının kendi gebeliğini sonlandırmaya yönelik eylemlerine iştiraki söz konusu olabileceğinden, bu suçu da kısaca ele almak gerekliliği ortaya çıkmıştır.

TCK m.100 gerekçesi göz önünde tutulduğunda da ⁷⁵⁷, özellikle ‘kadına çocuk düşürmesini sağlayacak veya bu hususa yarayacak vasıta tedarik etme’ ifadesinin, diğer kişilerle beraber hekimlerin iştirakini de kapsadığı görülmektedir.

Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının, çocuğunu isteyerek düşürmesi TCK’nın 100.maddesinde ⁷⁵⁸ çocuk düşürme olarak düzenlenmiştir ⁷⁵⁹. Bu suç ile gebe olan kadının bizzat kendisinin, rahminde taşıdığı ceninin, yine kendisiyle olan yaşamsal bağı kopararak doğal gelişimini engellemesine yönelik fiilleri cezalandırılmaktadır.

TCK m.99’da düzenlenmiş olan çocuk düşürtme suçunda, on haftanın altındaki gebeliklerin kadının rızası ile, yetkili hekim tarafından sonlandırılması durumunda ceza öngörülmemiş olmasına paralel şekilde, kadının kendisinin de, on haftadan küçük gebeliğini sonlandırmaya yönelik eylemleri suç olarak ele alınmamış, ancak on haftayı aşmış gebeliğini sonlandırması suç olarak düzenlenmiştir. Demek ki, gebelik on haftalık süreyi aşmadıkça annenin kendi vücut bütünlüğü ve geleceğini belirleme hakkına itibar edilmiştir.

2- Korunan Hukuksal Değer

Çocuk düşürme suçunda korunan hukuksal değer, kişilerin ruh ve beden sağlığı, ayrıca düşürülen ceninin yaşam hakkı olduğu ifade edilmektedir ⁷⁶⁰. *Kızıroğlu*, korunan hukuksal değer, ceninin varlığını sürdürüp, gelişimini tamamlayarak doğabilme hakkı olduğunu, gebe kadına ilk on hafta içinde tanınan anne olup olmama konusundaki tercih hakkının, on haftadan sonra ceninin varlığını sürdürüp doğma hakkı ile sınırlandırıldığını belirtmektedir ⁷⁶¹.

Bireylerin kendi sağlığı üzerinde diledikleri gibi tasarruf edemeyecekleri düşüncesinden hareketle gebe kadının sağlığının da bu suçla korunmak istendiği

757 TCK m. 100- Gerekçe: Maddede gebeliğin on haftayı aşmış bulunmasına karşın, çocuğunu kasten düşüren kadına verilecek ceza gösterilmektedir. Bu durumda bulunan kadına çocuk düşürmesini sağlayacak veya bu hususa yarayacak vasıta tedarik eden veya çocuğunu düşürmesi hususunda onu teşvik veya tahrik eden kimsenin suça iştirakten dolayı cezalandırılacağı açıktır.

758 TCK m.100: Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

759 GÖKCAN, s: 306.

760 ARTUÇ, s: 557.

761 KIZIROĞLU, s: 184.

söylenmektedir ⁷⁶² . Ceninin yaşamı, annenin sağlığı ve yaşamı, kadının cinsel özgürlüğü, genel ahlak, gelecek neslin hayatını sürdürmesindeki toplumsal yarar ve devletin nüfus politikasının da korunan hukuksal değerler olduğu belirtilmektedir ⁷⁶³ .

Ünver, de çocuk düşürtme suçu için kabul edilen hukuksal değerlere dikkat çekmekle beraber, gebeliğin belli bir süreyi aşmasıyla beraber, bu suçun annenin vücut bütünlüğü ve yaşamını değil, ceninin yaşamını korumak amacıyla ihdas edildiğini belirtmektedir ⁷⁶⁴ .

Biz gebe kadının sağlığının bu suçta bir hukuksal değer olarak korunduğunu düşünmemekteyiz. Çünkü, hiçbir tıbbi tecrübesi olmayan gebe kadının on haftadan küçük gebeliğini sonlandırmak için kendi kendine yapacağı müdahaleler de hayatı ve sağlığı açısından risk taşımaktadır. Bu mantıkla TCK m.99/5'da yetkisiz olmayan kişinin on haftanın altındaki gebeliği sonlandırmaya yönelik müdahalelerinin cezalandırılması gibi, kadının da kendi beden bütünlüğüne yönelik müdahalelerinin cezalandırılması gerekmektedir. Bunun ötesinde, cenin ölmüş olduğu takdirde, kadının bu bozulmuş gebelik ürünü tahliye etmeye yönelik hareketleri de cezalandırılmamaktadır. Oysa ki, özellikle ileri haftalarda ölmüş bir cenini kendi kendine düşürmeye çalışmak kadının hayatı ve sağlığı açısından büyük risk taşımakta, ancak kadın kendine verebileceği zararlar açısından tamamen korumasız kalmaktadır. Kişiyi kendi bedeni üzerinde sınırsız bir tasarruf hakkı tanınmamış olmakla beraber, bir kadının rahmindeki ölü cenini düşürmek için sağlığını ve hayatını riske sokacak çeşitli uygulamalarını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, ceninin yaşamı korunan bir hukuksal değer olmaktan çıkınca kadının kendine yönelik riskli hareketleri nedeniyle sorumluluk oluşturan bir hüküm de kalmamaktadır. Dolayısıyla kadının yaşamının ve sağlığının, ceninin yaşamı gibi öncelikli bir hukuksal değer olarak korunduğunu düşünmemekteyiz.

3-Suçun Maddi Konusu

Suçun konusunun düşürülen ceninin (fetusun) bedeni olduğu ifade edilmektedir ⁷⁶⁵ . Cenin, sağ ve tamamıyla doğum ile birlikte kişilik kazanıp insan haline geleceği için, bu

762 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s : 306.

763 YURTCAN, s 45.

764 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 225.

765 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 225; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE , s : 307; ARTUÇ, s: 558.

andan sonra gerçekleşen suçların konusu artık cenin değil insan olacağından, annenin canlı doğmuş çocuğuna yönelik eylemleri öldürme ve yaralama suçlarını oluşturacaktır. Çocuk düşürtme suçunu irdelerken bu konuyu irdemiş olduğumuz için burada tekrar etmekten kaçınıyoruz.

4 - Fail

Bu suçta fail, gebe kadının kendisi, yani gebelik süresi on haftadan fazla olan ve çocuğunu isteyerek düşüren kadındır. Kadın ancak gebelik süresi on haftadan fazla olduğunda bu suçu işlemiş olmaktadır ⁷⁶⁶. TCK m.99/2'nin on haftadan sonra, tıbbi zorunluluk olmadığı takdirde, gebeliği sonlandıran fail ve rıza gösteren anneyi cezalandıran hükmüne dayanarak, acaba tıbbi zorunluluk durumunda anne on haftadan büyük gebeliğini kendi sonlandırır mı ne olur sorusu akla gelmektedir. Maddenin lafzından on haftadan büyük her gebeliğin kadının kendisince sonlandırılmasının suç olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu durumda, gebeliği sonlandırma yönünde tıbbi zorunluluğun varlığı gerekçeli hekim raporları ile ortaya konmuş ise ve gebe kadın tıbbi yardım almadan bu gebeliği sonlandırma yoluna giderse, ki tıbben zor olmakla beraber imkansız bir durum değildir, çocuk düşürtme suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekmektedir. Burada annenin TCK m.99/5 benzer şekilde, yasal olarak yetkili bir kişi olmadığı için fail olarak kabul edilmesi söz konusu iken, on haftanın altındaki gebeliklerde, m.99/5'in tam tersine yetkisiz kişi olarak kabul edilmemekte ve yaptığı eylem suç oluşturmamaktadır. Yasal düzenlemeler arasında bir tutarsızlığın var olduğunu söylemek mümkündür.

Ünver de, başkaları bu suça iştirak edebilecekse de, çocuk düşürtmeye yönelik eylemi bizzat kadının gerçekleştirmesi gerektiğini, kadının rızası ile başkası gebeliği sonlandırır mı TCK m.99'un söz konusu olacağını, ancak kadına gebeliği sonlandırmaya elverişli vasıtaları sağlayanların, azmettirenlerin, suça teşvik ve tahrik edenlerin ise çocuk düşürtme suçuna iştirakinin söz konusu olacağını belirtmektedir ⁷⁶⁷.

5- Mağdur

Çocuk düşürtme suçunda gebeliği sonlandıran fail gebe kadının kendisidir. TCK m. 99 uyarınca anne, yani gebe kadın suçun mağduru iken, m.100 bağlamında kendi fail

766 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürtme, s: 225; KIZIROĞLU, s: 185.

767 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürtme, s: 225.

olduğu için, aynı zamanda suçun hem faili hem mağduru olamayacağından, gebe kadını mağdur kabul etmenin mümkün olamayacağını düşünsek de, *Özbek* ve diğerleri suçu işleyen gebe kadının aynı zamanda suçtan zarar görmesi nedeniyle, bir anlamda mağdur konumunda olduğunu kabul etmektedirler⁷⁶⁸. Bu yazarlar genel olarak toplum ve devleti de suçun mağduru olarak kabul etmektedirler⁷⁶⁹. Bir başka görüşe göre ise suçun mağduru cenindir⁷⁷⁰. Biz bu suçta mağdurun kim olduğu konusunda bir açıklık olmadığını düşünmekteyiz.

6-Maddi Unsur

Çocuk düşürme suçunun işlenebilmesi için kadının gebe ve ceninin de ana rahminde canlı olması gerekmektedir⁷⁷¹. Buna göre, gebeliğin başlangıç anı olarak döllenmiş yumurtanın rahim iç duvarına yerleşmesi yani nidasyon kabul edildiğinden, bunun öncesinde döllenmiş yumurtanın nidasyonunu engelleyen yöntemlerin anne tarafından kullanılması da çocuk düşürme suçunu oluşturmamaktadır. Çocuğun ana rahmi dışına çıkmış olması şart olmayıp, rahim içindeyken canlılığına son verilmiş olması da suçun tamamlanmış sayılması için yeterli olmaktadır⁷⁷².

Dönmezer, eylem ile anne rahminden çıkan materyalin fetustan başka bir cisim de olabileceğini, bu konuda bilirkişi incelemesinin gerekli olduğunu, çıkan cismin fetus olmadığı ortaya konduğu takdirde suçun oluşmayacağını belirtmektedir⁷⁷³.

Bu suçun gerçekleşmesi için gebelik süresinin on haftayı aşmış olması gerekmektedir. Gebelik süresi on haftayı aşmadığı takdirde, kadının gebeliğini sonlandırması suç oluşturmamaktadır. Bu sürenin belirlenmesinde bilirkişi görüşüne başvurulması gerekliliği de özellikle hatırlatılmaktadır⁷⁷⁴.

Çocuk düşürme serbest hareketli bir suç olup, ilaç içilmesi, düşük yapısı etkisi bilinen maddelerin kullanılması, kadının kendine uyguladığı enjeksiyonlar, ya da rahim içine uygulamalar şeklinde olabilmektedir. Önemli olan yapılan hareketin düşüğü

768 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 307.

769 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 307.

770 ARTUÇ, s: 558; KIZIROĞLU, s: 185.

771 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 225; KIZIROĞLU, s :185.

772 KIZIROĞLU, s: 185; ARTUÇ, s: 558.

773 DÖNMEZER, s:174.

774 ARTUÇ, s: 558.

sağlamaya elverişli olmasıdır⁷⁷⁵. *Özbek* ve diğerleri de suçun serbest hareketli bir suç olduğunu ve on haftalık gebelik süresinden sonra gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade etmektedirler⁷⁷⁶.

Ünver de, suçun serbest hareketli bir suç olduğunu, kadının rahmindeki ceninin ölümünü sağlayabilecek herhangi bir hareketinin bu suçun gerçekleşmesi için yeterli olduğunu, kullanılan araç ve yöntemin, eylemin yapıldığı yer ve zamanın önem taşımadığını belirtmektedir⁷⁷⁷.

Ayrıca yazara göre, mevzuatımızda cenin doğduktan sonra kişilik kazanarak insan sayıldığı ve henüz kişi olarak koruma altında olmadığı için, çocuğunu düşürmeyip kendisini öldürmek isteyen annenin, ceninin ölümüne yol açması durumunda, anne kendisine karşı gerçekleşen eylemin hem faili hem mağduru olamayacağından ve cenin de korunmadığından çocuk düşürme eyleminden farklı olarak bu gibi durumlarda annenin cezalandırılması mümkün olmamaktadır⁷⁷⁸. Yazarın verdiği intihar örneğini annenin kendisini kasten ya da taksirle yaraladığı ve bu arada gebeliğin de bozulmasına neden olduğu çok çeşitli durumlara uyarılmanın mümkün olduğunu da söylenebilecektir. Bununla beraber annenin ister gebe olmasından kaynaklanan ister başka nedenlerle kendi sağlığını ve hatta yaşamını kaybetmeyi göze aldığı bir durumda ayrıca ceninin yaşamından sorumlu tutulmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira anne gebeliğinin tehlikede olduğu ve devamını sağlayacak bir tedavinin mevcut olduğu durumlarda dahi, buna rıza göstermediği zaman sorumlu tutulmamaktadır.

7- Manevi Unsur

Çocuk düşürme suçu, kasten işlenebilen bir suç olup, taksirle işlenememektedir⁷⁷⁹. Kadının gebe olduğunu, gebelik süresinin on haftayı aşmış olduğunu, yaptığı hareketlerin gebeliği sonlandırmaya elverişli olduğunu bilmesi ve gebeliğin sonlanmasını istemesi gerekmektedir. Gebe olmayan kadının, kendini gebe zannederek, çocuğu düşürmeye yönelik eylemlerde bulunması halinde ise, işlenemez suç söz konusu olacak ve herhangi bir sorumluluk ortaya çıkmayacaktır. Yine gebe kadın, bilerek ve isteyerek değil de,

775 ARTUÇ, s: 558.

776 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 307.

777 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 224.

778 ÜNVER, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s: 132.

779 DÖNMEZER, s: 176; ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 226.

gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak çocuğunun düşmesine neden olduğu takdirde de, bu yönde bir kastı olmadığından, suçun manevi unsuru oluşmayacaktır⁷⁸⁰.

8- Hukuka Aykırılık Unsuru

On haftanın altındaki gebeliklerde annenin çocuğunu düşürmesi suç oluşturmamaktadır. Bunu TCK m.100'ün lafzından anlamak mümkündür. Suçun oluşabilmesi için anne tarafından sonlandırılan gebeliğin on haftanın üzerinde olması gerekmektedir. Çocuk düşürtme suçunda (TCK m. 99), annenin yetkili hekime gebeliğin sonlandırılması yönünde verdiği rızanın, on haftanın altında hukuka uygunluğu sağlaması benzeri, bu suçta da on haftalık sürenin geçmemiş olması bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır.

Eylemi gerçekleştiren annenin kendisi olduğu, bizzat gebeliğinin sonlanması amacı ve kastıyla hareket ettiği için, rızanın bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmediği görülmektedir⁷⁸¹.

Tıbbi zorunluluk durumunun da bu suçta bir hukuka uygunluk nedeni olmadığını düşünmekteyiz. TCK m.99/2'de tıbbi zorunluluklar, on haftanın üzerindeki gebeliklerin sonlandırılmasında bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir. TCK'da tanımlanmış bir yetki olmamakla beraber, NPHK ve RTSHYDİT hükümlerine göre bu yetki yalnızca kadın doğum uzmanlarına tanınmıştır. Yine m.99/2 ikinci cümlesi uyarınca, tıbbi zorunluluk yokken on haftanın üzerindeki gebeliğinin sonlanmasına rıza gösteren kadın sorumlu tutulurken, tıbbi zorunluluk durumunda, gebeliğinin sonlandırılmasına rıza gösterdiği takdirde sorumlu tutulmamaktadır. Bu durumda tıbbi zorunluluk mevcut ise, rıza göstermenin kadın açısından sorumluluk doğurmayacağı sonucuna varılırken, yani tıbbi zorunluluk durumu TCK m.99 uyarınca kadın için bir hukuka uygunluk nedeni oluştururken, yetkisiz bir kişi olarak aynı eylemi kendi gerçekleştirdiği takdirde, m. 100 uyarınca sorumlu olmakta, yani tıbbi zorunluluk hukuka uygunluk nedeninden yararlanamamaktadır.

Kiziroğlu, TCK m.25/2'deki zorunluluk halini bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedir⁷⁸². *Artuç*, zorunluluk halinin, ki bu yazarın da TCK m.25/2'deki genel

780 ARTUÇ, s: 559.

781 ARTUÇ, s:559.

zorunluluk halini kastettiğini düşünmekteyiz, hukuka uygunluk nedeni teşkil edebileceğini belirtmekte ve yaylada iken, karnındaki çocuğunun hareket etmemesi nedeniyle öldüğünü anlayan annenin doktora gitme imkanı olmadığı için ot çiğneyerek veya başka yoldan çocuğunu düşürmesi örneğini vermektedir ⁷⁸³. Ancak bu örnekte fetusun ölmüş olduğundan söz edildiğinden zaten o durumda çocuk düşürme suçu da söz konusu olmayacaktır.

9- Suçun Özel Görünüm Şekilleri

9.1- Teşebbüs

Teşebbüs suçun tamamlanmasından önce, başlanmış ama bitirilememiş bir evreyi ifade ettiğine göre ⁷⁸⁴, bu suçun teşebbüse elverişli olduğu söylenebilecektir. *Artuç* da suçun teşebbüse elverişli olduğu görüşündedir. Suç çocuğun yaşamına son verilmesiyle tamamlanmış olacağından, bu sonucu ortaya çıkarmaya elverişli eylemler icrai hareket niteliği taşımaktadır. Bu hareketler sonucu ceninin yaşamı ister anne rahminde ister dışarıda sonlansın, suç tamamlanmış olacak, bununla birlikte cenin anne rahminden çıkarılmasına karşın ölmemişse, suç tamamlanmış olmayacak, teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır ⁷⁸⁵.

Ünver de, suçun ceninin anne ile yaşamsal bağının kopması sonucu tamamlanacağını, teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasına da elverişli olduğunu ifade etmektedir ⁷⁸⁶.

Özbek ve diğerleri de bu suça teşebbüsün mümkün olduğunu, gebe kadının çocuğun düşmesine elverişli hareketlerle suçun icrasına başlamasına rağmen neticenin meydana gelmemesi halinde teşebbüsün söz konusu olacağını belirtmektedirler ve kadının düşüğe elverişli ilaçlar kullanıp bunların etki etmemesini örnek olarak göstermektedirler ⁷⁸⁷.

Biz, yazarların görüşlerine katılmanın yanı sıra, annenin teşebbüs aşamasında kalmış eylemlerinin gebeliği sonlandırmaya elverişli olup olmadığının her somut olayda tıp biliminin esaslarına göre belirlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

782 KIZIROĞLU, s: 185.

783 ARTUÇ, s: 559.

784 HAKERİ, Ceza Genel Hükümler, s : 408.

785 ARTUÇ, s: 559.

786 ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme, s: 228.

787 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 310.

9.2- İştirak

Kızıroğlu, suçun özgü bir suç olduğu, bu nedenle iştirak eden diğer kişilerin ancak TCK m.40/2 uyarınca azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacağı görüşündedir⁷⁸⁸. *Artuç* da bu görüşü paylaşmaktadır⁷⁸⁹. Yazara göre, bir kadına çocuğunu düşürmesini sağlayacak vasıta tedarik eden veya çocuğunu düşürmesi konusunda onu teşvik veya tahrik eden kimse iştiraktan dolayı sorumlu olacaktır. Kocanın bu konudaki eylemlerinin de iştirak kapsamında değerlendirileceği belirtilmektedir⁷⁹⁰.

Özbek ve diğerleri, yardım niteliğindeki hareketler doğrudan çocuk düşürmeye yönelik olarak ortaya çıkıyorsa, TCK m.99'un, dolaylı yardım niteliğinde ise, m.100'e iştirakin söz konusu olacağını belirtmektedirler⁷⁹¹.

On haftanın üzerindeki gebe kadının çocuğunu düşürmesine yönelik olarak yapılan yardımların hangi durumda m.100'e iştirak, hangi durumda m.99 kapsamına girdiğinin ayrımı hekimlerin sorumluluğu bakımından önem taşımaktadır. On haftanın üzerindeki gebeliği sonlandırmak üzere kadının rahmine yönelik yapılan tıbbi müdahalelerin TCK m.99 kapsamında ele alınması gerektiği açıktır. Ancak gebeliklerin çeşitli farmakolojik ajanların kullanımıyla da sona erdirilmesi mümkün olduğundan, kadının hekimin verdiği bilgiye dayanarak bu tür bir ilaç kullanımı sonrası çocuğunu düşürmesi durumunda, hekim kadın doğum uzmanı ise TCK m.99/2, kadın doğum uzmanı değilse m.99/5'e göre mi sorumlu tutulacak, yoksa m.100'e iştiraktan mi sorumlu olacaktır. Ayrıca hekimin gebe kadına 'şu ilaçları sakın kullanma, düşük riski taşıyor' şeklinde verdiği bir bilgi, gebe kadın tarafından gebeliği sonlandırma yönünde kullanılırsa, hekimin m.100 bağlamında sorumluluğuna gidilebilecek midir, yoksa hiç sorumlu tutulmaması mı gerekecektir. Bize göre hekimin hastayı sadece bilgi vermesi, sorumlu tutulması için yeterli olmayıp, m.100'e iştiraktan sorumlu tutulması için de, ilaçların temin edilmesi, veya düşüğü sağlamaya elverişli kullanımı hakkında açıkça yönlendirmelerin yapılmış olması aranmalıdır.

Bir diğer husus, on haftayı aşmış gebelikler NPHK m.5 hükmü uyarınca annenin hayatını tehdit eden veya edecek bir durumda veya doğacak çocuk ve takip eden nesiller için ağır maluliyet oluşturacak durumlarda, ancak kadın doğum uzmanlarınca tahliye

788 KIZIROĞLU, s: 186.

789 ARTUÇ, s: 559.

790 ARTUÇ, s: 560.

791 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 311.

edilebilmektedir. Tıbbi zorunluluk durumunu saptayan kadın doğum uzmanı, gerekçeli raporunu uygun şekilde hazırlayıp annenin rızasını aldıktan sonra gebeliği sonlandırdığı takdirde TCK m.b99/2 uyarınca çocuk düşürtme suçu oluşmamakta, ne kadın doğum uzmanı ne de rıza gösteren gebe kadın sorumlu tutulmamaktadır. Ancak bu kadın gebeliğini kendi kendine sonlandırmaya kalkışırsa, TCK m.100 lafzına göre çocuk düşürme suçundan sorumlu olmaktadır. Bu durumda tıbbi zorunluluğun tanısını koyan ve gebeliğin sonlandırılmasının gerektiği konusunda anneyi aydınlatan hekim azmettirmeden, hatta müdahalenin nasıl bir yöntemle yapılacağı konusunda önceden hastayı aydınlatmış yani farkında olmadan bir anlamda ona yol göstermiş ise yardımdan sorumlu tutulabilecek midir? Hekim (kadın doğum uzmanı) aynı eylemi icrai bir hareketle bizzat gerçekleştirdiğinde sorumluluğu söz konusu olmazken, bilerek ya da bilmeyerek kadına yol gösterdiğinde sorumluluğun doğması gibi bir çelişki ortaya çıkmaktadır. TCK m.99 ve 100'ün düzenlemeleri arasında tutarsızlık olduğunu düşünmekteyiz. Bize göre, bir tıbbi zorunluluğun varlığı hekim raporları ile sabit olmuşsa, buna dayanarak, fiilen zor olsa da, gebeliğini sonlandıran kadının sorumluluğuna, dolayısıyla hekimin de iştiraktan sorumluluğuna gidilmemesi gerekmektedir.

9.3 - İctima

Artuç, bu suçun zincirleme işlenmesinin söz konusu olamayacağını, bir kadının birden fazla çocuğa gebe olup da aynı eylemle birden fazla çocuğu düşürmesi halinde, çocuk sayısınca veya zincirleme suç işlenmiş olmayıp, tek bir çocuk düşürme suçu oluşacağını belirtmektedir ⁷⁹². *Özbek* ve diğerleri de zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı görüşündedirler ⁷⁹³. *Kızıroğlu* ayrıca, gebe kadının kendisine karşı yaralama veya öldürme suçunun faili olamayacağını dile getirmektedir ⁷⁹⁴. Biz de zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına elverişli olmadığını ve gebe kadının kendisine karşı diğer suçları da işleyemeyeceğini düşünmekteyiz.

10- Yargılama Usulü

Çocuk düşürme suçunun takibi şikayete bağlı olmayıp resen soruşturulup kovuşturulmaktadır. Yetkili yargı mercii, çocuk düşürme suçunun gerçekleştiği yerdeki

792 ARTUÇ, s: 560.

793 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 311.

794 KIZIROĞLU, s: 186.

yargı mercii olmaktadır ⁷⁹⁵. Bir yıla kadar hapis ve adli para cezasını gerektirdiği için, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adli Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 10. maddesi uyarınca ⁷⁹⁶ Sulh Ceza Mahkemesi görevli olmaktadır ⁷⁹⁷.

11- İspat

İspat hususu belirgin özellik göstermediği için çocuk düşürtme suçunun ispatından ayrı olarak ele alınmamıştır. Ancak bu suçun niteliği gereği ilgilinin rızasının, tıbbi zorunluluğun ve annede ortaya çıkan zararların ispatı gerekmemektedir.

12- Yaptırım

TCK m.100'e göre, on haftayı geçen gebeliğini kasten sonlandıran kadın, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılacaktır. Hapis cezası verilecekse alt sınırının TCK m.49/1 ⁷⁹⁸ uyarınca 1 ay, para cezası verilecekse alt sınırının 19.12.2005 tarihinden önce işlenen suçlar için 5 gün, bu tarihten sonra işlenen suçlar için ise 30 gün olduğu belirtilmektedir. Hapis cezası tercih edilirse, TCK m.50/2 uyarınca ⁷⁹⁹ adli para cezasına çevrilemeyecektir, ancak diğer seçenek yaptırımlara çevrilebilecek ve TCK m.51 uyarınca ⁸⁰⁰ ertelenebilecektir ⁸⁰¹.

L- YARGILAMA USULÜ

Çocuk düşürtme suçunun soruşturulması şikayet veya başka bir dava şartına bağlı değildir. Suç haberinin herhangi bir şekilde alınması suretiyle resen soruşturulmakta ve kovuşturulmaktadır ⁸⁰². Soruşturma ve kovuşturmayla yetkili yargı mercii, çocuk düşürtme

795 ARTUÇ, s: 560.

796 AYİDMİBAKGYHK MADDE 10. Sulh ceza mahkemesinin görevi - Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir.

797 ÖZBEK/ KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 312.

798 TCK m.49: (1) Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hâllerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz. (2) Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.

799 TCK m.50/2: (2) Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hâllerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez.

800 TCK m.51/1: (1) İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir.

801 ARTUÇ, s: 560.

802 DÖNMEZ, s: 136; KANBUR, s: 1255; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 304; GÖKCAN, s: 617; ARTUÇ, s: 553.

suçunun işlendiği yer Cumhuriyet Başsavcılığı ve Mahkemesidir ⁸⁰³. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 14. maddesine göre, mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulmaktadır. Buna göre, kanunun 10., 11., ve 12. maddeleri uyarınca, TCK'nın 99. maddesinin 1.fıkrası, 2.fıkranın birinci cümlesi, ve 4.fıkrası bakımından Asliye Ceza Mahkemesi, 2. fıkrasının ikinci cümlesi bakımından, Sulh Ceza Mahkemesi, 3. ve 5. fıkraları bakımından ise Ağır Ceza Mahkemesi görevli olmaktadır. ⁸⁰⁴.

Devlet memuru olan bir sağlık mensubunun bu suç işleme halinde ise 4483 sayılı MvDKGYHK hükümleri gereğince bağlı bulunduğu kurum tarafından yargılama izni verilmesi gerekmektedir ⁸⁰⁵. Ancak bunun için suçun görevleri nedeniyle işlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, suçun, ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde işlenmemiş olması da gerekmektedir. 3. ve 5. fıkarda düzenlenen hallerin ağır cezayı gerektirmesi nedeniyle bu fıkralardaki fiillerin suçüstü işlenmiş olması durumunda 4483 sayılı kanun hükümleri uygulama alanı bulamayacak ve kamu görevlisi hekim doğrudan soruşturulabilecektir. Diğer hallerde ise fiilin soruşturulması ve kovuşturulması 4483 sayılı kanun uyarınca yetkili merciiin izin vermesi üzerine yapılabilecektir. Failin kamu görevlisi olmaması halinde suç herhangi bir dava şartı aranmaksızın resen soruşturulacak ve kovuşturulacaktır ⁸⁰⁶.

M - İSPAT

1- Genel Olarak

Ceza yargılaması, geçmişte geçtiği iddia edilen bir olayın gerçekten meydana gelip gelmediğini, ne şekilde ve kim tarafından meydana getirildiğini ortaya çıkarmak ve hukuk normları karşısındaki durumunu belirlemek için yapılmaktadır ⁸⁰⁷.

803 GÖKCAN, s: 617.

804 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 304; GÖKCAN, s: 617.

805 DÖNMEZ, s: 136; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 304; KANBUR, s: 1255; GÖKCAN, s: 618.

806 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 304.

807 KOCA, ' Mahmut, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller' , Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, Aralık 2006, s: 207.

Fiilin, fail tarafından işlendiği veya işlenmediği konusunda, yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını sağlayan işlemlere ispat denmektedir⁸⁰⁸. Ceza yargılamasında hükmün verilebilmesi için, hukuksal açıdan değerlendirilecek belirli vakıaların ispat araçları ile belirli bir biçimde ispatı gerekmektedir. İspatın konusunu ise maddi vakıalar oluşturmakta ve fiziksel olayların yanı sıra failin kastı, saiki gibi durumlar da ispat konusunun içinde yer almaktadır⁸⁰⁹.

Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olunca, ispat konusunda bir sınırlamaya gidilmemekte⁸¹⁰, medeni hukuk yargılamasından farklı olarak, yalnızca çekişmeli vakıaların değil, hakimın kararını etkileyecek bütün önemli vakıaların ispat edilmesi gerekmektedir⁸¹¹. Ceza yargılamasında ulaşılabilecek tüm araç ve metodlarla maddi gerçeğe ulaşılması amaçlanmaktadır. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için, tarafların sundukları ispat araçlarının hakimi/mahkemeyi bağlamadığı, hakim ve mahkemenin resen hareket etmek ve delilleri araştırmak görevinin bulunduğu belirtilmektedir⁸¹². Deliller soruşturma safhasında savcı, kovuşturmada hakim/mahkemenin bir kanaat oluşturması ve karara varmasını sağlayacak olup, delilsiz mahkumiyet olmaz kuralından söz edilmektedir⁸¹³.

Ceza yargılamasında, serbest delil ve ispat sistemi geçerlidir⁸¹⁴. Bundan somut veriye dayalı tüm ispat araçlarının birlikte değerlendirilmesi sonucu varılan bir kanaatin anlaşılması gerekmektedir⁸¹⁵. Belli olayların belli delillerle ispatı zorunlu olmayıp, hakim ileri sürülen delillerle bağlı olmasa da, iddianamede gösterilen suça ilişkin eylem ve fail ile bağlı olduğu da belirtilmektedir⁸¹⁶. Delil serbestliği ilkesi uyarınca her şey delil olabilmektedir⁸¹⁷. Ancak hakim kararını duruşmaya getirilmiş ve tartışılmış delillere

808 ÖZTÜRK, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2013,s: 203.

809 ÜNVER, Yener, Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, Aralık 2006, s: 103.

810 ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1.Cilt, 8.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s: 73.

811 ÜNVER, Yener, ‘ İspat Hukukunun Esasları ’ , İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 4 Sayı:8, Güz 2005/2, s: 267.

812 ÜNVER / HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 77; ÜNVER, Ceza Muhakemesinde İspat, s: 104.

813 KOCA, s: 207.

814 ÜNVER, Ceza Muhakemesinde İspat, s :105.

815 ÜNVER, Ceza Muhakemesinde İspat, s :106.

816 ÜNVER / HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 77.

817 ÖZTÜRK, s: 203.

dayandırabilmekte ⁸¹⁸, bunların ispat özelliklerini vicdani kanaatine göre serbestçe takdir etmektedir. Hakimin vicdani bir kimsenin suçlu olduğuna kanaat getirmesi gerekli ve de yeterlidir, bununla beraber hükmün her zaman delile dayanması, dosyayla uyumlu ve çelişkiden arınmış olması ⁸¹⁹, ayrıca hakimin, hangi delile neden itibar edip etmediğini de gerekçeli olarak açıklaması gerekmektedir ⁸²⁰.

Yakın zamanlarda bilimsel delillerin gittikçe daha büyük önem kazandığından ve serbest değerlendirme ilkesinin sınırlarını zorladığından, kesin olarak ortaya konmuş bir bilimsel delilin hakimi bağlayacağından da söz edilmektedir ⁸²¹. *Ünver ve Hakeri* de, özellikle yabancı öğretilerde, bilimsel verilere dayalı bilirkişi raporlarının hakimin serbestçe hüküm verme yetkisini sınırladığı yönündeki görüşlerin varlığını dile getirmektedirler ⁸²². Yazarlar ayrıca, belli olguların ispatı hususunda mahkeme ve hakime kesin ya da kesine yakın bir kanaat verebilecek deliller olarak kan tahlili, DNA analizi gibi, parmak izi gibi örnekleri de göstermektedirler ⁸²³.

Sanığın suçsuzluğunu ispat etme veya suçunun ispatlanmasına katkıda bulunma gibi bir yükümlülüğü olmayıp ⁸²⁴, eğer toplanan delillerin değerlendirilmesinden suç kesin olarak ispatlanamamış ise şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince, mahkumiyet kararı verilememektedir ⁸²⁵. Yargıtay da bu yaklaşımı ortaya koymaktadır ⁸²⁶. *Ünver*, ayrıca, şüpheden sanık yararlanır ilkesine sığınmanın bir kolaycılık olduğu, sanığın yargı kararıyla aklanmak hakkı, suçsuzluk karinesi, resen araştırma, maddi gerçeğin araştırılması ilkelerinin göz önünde tutulması gerektiği görüşündedir ⁸²⁷.

818 ÜNVER / HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 77; ÖZTÜRK, s: 203.

819 ÜNVER / HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 82.

820 ÜNVER, Ceza Muhakemesinde İspat, s: 106.

821 KOCA, s: 208, 209.

822 ÜNVER / HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 86.

823 ÜNVER / HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 87.

824 ÜNVER, Ceza Muhakemesinde İspat, s: 112.

825 KOCA, s: 210, 211; ÖZTÜRK, s: 203.

826 Yargıtay CGK, E:1993/6-81,K: 1993/110,T:19.04.1993: Ceza Yargılamasının amacı hiç bir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Sanığın savunmasının aksini kanıtlanması ondan beklenemez, kaldı ki CMUK'nın 135. maddesi uyarınca sanığın susma hakkı bulunmaktadır. Susma hakkını kullanan sanığın "sükut ikrardan gelir" deyişine dayanılarak suçu kabul ettiği söylenemeyeceği gibi, savunmasını kanıtlaması da istenemez. Sanığa yüklenen suçun sübuta erdiği yapılan yargılama sonucunda kuşku yer vermeksizin ortaya çıkarılmalıdır. Ceza Yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde mahkumiyet kararına yer yoktur. Bu ilke evrenseldir. O halde, sanığın üzerine yüklenen suçtan cezalandırılmasına yeterli ve inandırıcı kanıtlar elde edilmediğine göre direnme kararının bozulmasına karar verilmelidir. Yargıtay CGK, E: 1993/6-81,K: 1993/110,T: 19.04.1993, <http://www.turkhukusitesi.com/showthread.php?t=55226>, Erişim T: 04.03.2014.

827 ÜNVER, Ceza Muhakemesinde İspat, s : 112.

Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanabilmesi için, ancak, tüm delillerin toplanmasına ve kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesine rağmen ortada bir şüphenin kalmış olması gerekmektedir. İlkenin dayanağını, caiz ispat araçlarının değerlendirilmesi sonucu şüpheden arınmış bir vicdani kanıya ulaşılamıyorsa, sanığın lehine olasılıktan hareket edilmesi oluşturmaktadır ⁸²⁸.

Ceza yargılamasında ispat külfetinin bulunmamasının nedeni, savcının da hakim in de maddi gerçeği bulmakla yükümlü olmalarından, bu nedenle delilleri araştırıp toplamalarından kaynaklanmaktadır ⁸²⁹. Cumhuriyet savcısı kendisine yapılan ihbar ve şikayet üzerine soruşturmayı başlatarak delilleri toplamalı ve bir karara varmalıdır. Savcılık da, tarafların ileri sürdükleri ve sağladıkları delillerle bağlı olmayıp, maddi gerçeği araştırmak durumundadır ⁸³⁰. Cumhuriyet savcısının suç isnadının ispatına yönelik delilleri toplama ve sunma görevi, CMK m.160 uyarınca, sadece şüphelinin aleyhine delilleri değil, lehine olan delilleri de toplamasını gerekmektedir ⁸³¹. Bununla beraber şüpheli / sanığın yargılamanın her aşamasında delil sunmak, delillerin toplanmasını savcıdan ve mahkemeden talep etmek, çağrılması reddedilen tanık ve bilirkişiyi doğrudan duruşmaya getirtip dinlenmesini sağlamak hakkı da bulunmaktadır ⁸³².

Soruşturma sonucunda elde edilen deliller suçun işlendiği yönünde şüphe oluşturuyorsa, savcı şüphelinin hem lehine hem aleyhine olanları da gösterecek şekilde iddianamesini düzenleyecek ve kamu davasını açacaktır ⁸³³. Hakim ispat araçlarını resen değerlendirdiği gibi, cezasızlık nedenleri, hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenleri de resen araştırmaktadır ⁸³⁴. Hakim, kovuşturma sırasında sonradan ortaya çıkan bir delilin getirtilmesini de savcıdan isteyebilecektir. Ayrıca bir delilin geç bildirilmiş olması nedeniyle reddedilemeyeceği (CMK m.207) ve yargılama bitinceye kadar delil ikamesinin mümkün olduğu da belirtilmektedir ⁸³⁵. Ünver de hüküm kesinleşinceye kadar inceleme imkanı olan delillerin değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir ⁸³⁶. Yargıtay'ın da bu konuya değindiği görülmektedir ⁸³⁷.

828 ÜNVER / HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 94, 95.

829 ÜNVER / HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 73; ÖZTÜRK, s: 204.

830 ÜNVER / HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 74.

831 ÜNVER / HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 74.

832 ÜNVER, Ceza Muhakemesinde İspat, s :114.

833 KOCA, s: 210, 211.

834 ÜNVER / HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 74.

835 KOCA, s: 212.

836 ÜNVER, Ceza Muhakemesinde İspat, s: 111.

Ceza yargılamasında maddi gerçeğin aranması amacıyla her şey delil olabileceksede, delillerin serbestliği ilkesi sınırsız olmayıp, delillerin gerçekçi olmak, akılcı olmak, ispat bakımından önemli olmak, olayı temsil edici nitelikte olmak, ve en önemlisi hukuka uygun olmak, ve müşterek olmak, yani duruşmaya getirilmiş ve huzurda tartışılmış olmak özelliklerini taşıması gerekmektedir⁸³⁸. *Ünver* bu hususu, delillerin değerlendirilmesinde öncelikle güvenilir, doğru, hukuka uygun olup olmadığı, olayı temsil edip etmediği, bilim ve fenne uygun olup olmadığı gibi özelliklerin dikkate alınacağı şeklinde açıklamaktadır. Yine *Ünver ve Hakeri*, ispat ile ilgili şart ve delilleri, ispat konusuyla ispat aracı arasında bir bağ olması, yani olayı temsil etmesi, delilin akla ve mantığa ve uygun olması, delilin elde edilmiş şekli, muhafaza ve değerlendirme bakımından hukuka uygun olması, delilin kolektif olması ve ispat araçlarının sağlam olması olarak açıklamaktadırlar⁸³⁹.

Delillerin, beyan, belge ve belirti olmak üzere üç grupta değerlendirildiği, beyan delillerinin sanık beyanı, tanık beyanı ve tanık ve sanıktan başka kişilerin beyanı, belge delillerinin, yazılı belgeler, şekil/görüntü tespit eden belgeler ve ses tespit eden belgeler, belirtilerin ise tabii ve suni belirtiler olarak ele alındığı görülmektedir⁸⁴⁰. Suç olayına ilişkin olarak yapılan açıklamalar beyan delilini oluşturmakta ve bunların mahkeme veya hakim önünde sözlü olarak yapılması gerekmektedir. Soruşturma sırasında yapılan açıklamalar ise ifade olarak adlandırılmakta ve kayda geçerek belge delilini oluşturmaktadır⁸⁴¹. Olayı en iyi bilen kişi olması hasebiyle sanık beyanları çok kıymetli olmakla beraber, sanığın doğal olarak kendi aleyhine beyanda bulunmaktan kaçınacağı düşünülmektedir. Bu nedenle yalan tanıklık TCK m.272 uyarınca cezalandırılmış iken, sanık için böyle bir cezalandırma öngörülmemiştir. Bununla beraber sanığın ikrarına da çok dikkatli yaklaşılması gerektiği, esas olan maddi gerçeğin aranması olduğu için,

837 Yargıtay CGK, E:1999/6 – 279, K:1999/291, T: 30.11.1999 Ceza Yargılamasının amacı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, araştırılarak saptanması ilkesine dayanır. Hüküm kesinleşinceye kadar inceleme olanağı bulunan kanıtların ele alınıp değerlendirilmesi gerekir. Ceza sorumluluğu esaslarına uygun bir hüküm kurulabilmesi ve adaletin tam olarak gerçekleşmesi için, öne sürülen bütün kanıt ve belgelerin araştırılıp tartışılması zorunludur. Sonradan elde edilen tanık beyanında ileri sürülen hususlar ve bu tanığın aynı soruşturma kapsamında sanık olarak hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiş olması karşısında, ortaya çıkan bu kanıtı yok saymak olanaksızdır. Bu beyanın usulünce alınmadığından bahisle yok sayılarak tartışma dışı bırakılması, ileri sürülen hususların araştırılmaması ceza yargılamasının yukarıda açıklanan amacı ile bağdaşmaz. Bu nedenle ortaya çıkan bu kanıtı yok sayılarak eski hükümde direnilmesi isabetsiz olup, Usul ve Yasa'ya aykırı olan hükmün bozulmasına karar verilmelidir. Yargıtay CGK, E:1999/6 – 279, K:1999/291, T: 30.11.1999, <http://www.kararevi.com/karars/714845>, Erişim T:06.03.2014.

838 KOCA, s: 212, 213, 214; ÖZTÜRK, s: 205.

839 ÜNVER / HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 85.

840 KOCA, s:214.

841 KOCA, s: 216.

özellikle açık bilimsel kanıtlarla çelişen sanık ikrarlarına itibar edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁴². *Ünver*, sanığın ikrarında yer alan hususların da ispat edilmesi gerektiğini dile getirmektedir⁸⁴³.

Yargılama konusu olay hakkında bildiklerini hakime veya savcıya anlatan kişiye tanık denmektedir⁸⁴⁴. Mahkemede üçüncü kişi durumunda bulunan herkes kural olarak tanık olabilecektir. Hakim, savcı ve avukat gibi yargılamaya katılan kişiler tanıklık yapamayacaklardır. Yargılama konusu olayları algılama ve bilgileri aktarma yeteneği olmayanlar da tanık olarak dinlenmeyeceklerdir. Tanık bir başkasından duyduğunu da aktarabilecektir. Uzmanlıklarının kendilerine kazandırdığı bilgiyi aktaran bilirkişiye ise tanık bilirkişi denmektedir⁸⁴⁵. CMK m. 45 şüpheli veya sanığın yakınlarına tanıklıktan çekinme hakkı tanımıştır. Bu kişilerin dinlenmeden önce tanıklıktan çekinme hakkı konusunda aydınlatılmamalarının ise delil değerlendirme yasağı oluşturacağı belirtilmektedir. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin anlamını kavrayamayacak olanların ise yasal temsilcilerinin izniyle dinlenebilecekleri kabul edilmiştir. CMK m. 46'da ise meslekleri nedeniyle tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olanlar tanımlanmış olup, hekimler ve yardımcı sağlık personeli de bu grupta yer almaktadır. Ancak bu kişiler kanunda belirtildiği üzere ilgilinin rızası olması durumunda tanıklıktan çekinemeyeceklerdir. Bu durumun, görevini yaptığı sırada karşılaştığı bir suçun işlendiği yönünde bir belirtiyi yetkili makamlara bildirmeyen sağlık meslek mensubunun cezalandırılacağını öngören TCK m. 280'deki düzenleme ile çeliştiği de ayrıca belirtilmektedir⁸⁴⁶. Yalan yere tanıklığın ise TCK m. 272 uyarınca cezalandırılması düzenlenmiştir.

Sanık ve tanık dışındaki kişiler olarak suç ortağı, suçtan zarar gören (mağdur) ve katılan da dinlenebilecektir. Suç ortağının vereceği ifade kendisinin de suçlanmasını doğuracaksa tanıklıktan çekinebilecektir⁸⁴⁷.

Tanık ifadelerinin, olayın gerçek dışı ve iyi hatırlanamaması nedeniyle, ya da yanlış ve yalan beyanda bulunma olasılığı nedeniyle, güvenilir deliller olmadığı da öğretide ayrıca dile getirilmektedir⁸⁴⁸.

842 ÖZTÜRK, s: 206, 207.

843 ÜNVER, Ceza Muhakemesinde İspat, s: 108.

844 ÖZTÜRK, s: 210.

845 ÖZTÜRK, s: 208, 209.

846 ÖZTÜRK, s: 213, 214, 215.

847 ÖZTÜRK, s: 210.

Belge delilleri suç konusu olayın belirli şekillerle bir nesne üzerine aktarılması olarak tanımlanmakta ve yazılı açıklamalar ve ses ve görüntü kayıtları şeklinde olabileceği belirtilmektedir⁸⁴⁹. Yazılı açıklamaların olayla ilgili ve delil olabilecek bir bilgi içermesi gerekmekte, kimler tarafından yazıldığıнын önemi olmamakta, herhangi bir yazı parçası şeklinde bile olmaktadır. Bu yazılı açıklamaların duruşmada okunması gerekmektedir⁸⁵⁰.

Ceza yargılamasında belge veya belge ile ispat dendiğinde, okunabilir bir düşünsel içeriğe sahip yazılı belge anlaşılmaktadır⁸⁵¹. Herhangi bir vakianın belge delili ile, dolayısıyla tıbbi kayıtlar ile ispatı da geçerli olacaktır. Bu belgeler duruşmada okunarak, düşünsel içerikleri diğer delillerle birlikte değerlendirilip vicdani kaniye ulaşılabacaktır⁸⁵². Tıbbi kayıtlar önemli ispat fonksiyonu görmekle birlikte, diğer delillerde aranan nitelikler bunlarda da aranmalı ve hem yazılı hem digital delillerde karartma ve kötüye kullanma risklerine karşı önlem alınmalıdır⁸⁵³. Hastanın öyküsü, şikayetleri, semptomlar, tanı, tedavi, başvuru diğer tanı metodları, standart tedaviden sapma, rıza, aydınlatma, yapılan müdahaleler, beklenmedik olaylar, komplikasyonlar tutulması gereken tıbbi kayıtlara örnek olarak gösterilmektedir⁸⁵⁴.

Belirtilerin ise olayın dolaylı olarak ispatına yardımcı olan ve olaydan geriye kalan her türlü iz ve eseri kapsadığından söz edilmektedir⁸⁵⁵. Sanığın veya mağdurun beden muayenesi neticesinde elde edilen verilerin de belirti sayılacağı⁸⁵⁶ söylenmekte olup, bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla şüpheli, sanık ve mağdurun beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması ve bunlar üzerinde moleküler genetik incelemeler yapılması da CMK'nın 75. ve 76. maddelerinde düzenlenmiştir⁸⁵⁷.

Tez konumuz bağlamında ispat açısından önem taşıyan bir konu da bilirkişidir. Çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren konuda, bilgisine başvuru kişiye bilirkişi

848 KOCA, s: 216; ÖZTÜRK, s: 233.

849 KOCA, s: 217; ÖZTÜRK, s: 242.

850 ÖZTÜRK, s: 239.

851 ÜNVER, Yener, Tıbbi Kayıtlar ve Ceza Muhakemesinde İspat, III.Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2011, s: 647.

852 ÜNVER, Tıbbi Kayıtlar, s: 648.

853 ÜNVER, Tıbbi Kayıtlar, s: 645.

854 HAKERİ, Hekimin Yükümlülükleri, s: 73; ÜNVER, Tıbbi Kayıtlar, s: 654.

855 KOCA, s : 219.

856 ÖZTÜRK, s: 245.

857 KOCA, s: 220.

denmektedir ⁸⁵⁸. Bilirkişinin atanmasına ilişkin hususlar CMK m. 63'te, bilirkişi olarak atanabilecek kişiler ise CMK m. 64'te hüküm altına alınmıştır. Ayrıca CMK m. 67/6'ya göre Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli, sanık, müdafii, kanuni temsilcinin uzmanından bilimsel mütalaa isteme ve delil olarak sunma hakkı da bulunmaktadır. Bilirkişi raporlarının kural olarak bağlayıcılığı bulunmamakla ve hakim gerekçesini göstermek koşuluyla bilirkişi raporunun aksi bir karara da varabilmekle beraber, uygulamada genelde bilirkişi raporuna göre karar verildiği, raporların çelişkili olması üzerine yeni bilirkişilerden görüş alınmak durumunda kalındığı ve bunların arasında göreceli tutarlı ve tatminkar olan rapora dayanarak karar verilmesi yoluna gidildiği de *Ünver* tarafından belirtilmektedir ⁸⁵⁹. Yazar ayrıca Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şurası gibi taraf kamu kurumlarına, gerçek bir özerkliğe kavuşturuluncaya kadar başvurulmaması gerektiğini de dile getirmektedir ⁸⁶⁰.

CMK m.217 uyarınca hakim kararını hukuka uygun delillere dayandırmak zorundadır. Dolayısıyla kim tarafından getirildiğine bakılmaksızın, ortaya konulan delilin hukuka aykırı olarak elde edildiği saptanırsa, bu deliller değerlendirilmeyecek ve onlara dayanarak karar verilemeyecektir. Bunun bir bozma nedeni olduğu da belirtilmektedir ⁸⁶¹.

Bu bilgiler ışığında, çocuk düşürtme ve düşürme suçlarına ilişkin ceza yargılamasında ispata yönelik olarak, tanık beyanları da özellikle çocuk düşürtme suçunda rızanın ispatı başta olmak üzere belli hususların açığa çıkmasında rol oynayabilecekse de, tıbbi kayıtların, mağdurun muayenesinin, bilirkişi raporlarının maddi gerçeğe ulaşmada daha kıymetli deliller olabileceği kanaatindeyiz.

2- Gebeliğin Varlığının, Sonlandırma Öncesi Fetusun Canlı Olduğunun ve Gebeliğin Sonlandırılmış Olduğunun İspatı

Çocuk düşürtme suçunda ön şart kadının gebe olması olduğuna göre öncelikle gebeliğin varlığının ispat edilmesi gerekmektedir. Bir gebeliğin varlığı ve/veya sonlanmış olduğu, ancak objektif tıbbi bulgularla ortaya konabildiği takdirde doğru kabul edilmelidir. Kadınların adet rötarı ve gebelik lehine yorumladıkları semptomlar tıbben doğrulanmadığı

858 ÖZTÜRK, s: 253.

859 ÜNVER, Ceza Muhakemesinde İspat, s: 116.

860 ÜNVER, Ceza Muhakemesinde İspat, s: 129.

861 KOCA, s: 223, 224.

sürece bir anlam taşımamaktadır. Bununla beraber, yine tıbbi yöntemlerle ekarte edilmediği sürece bir gebeliğin mevcut olmadığını söylemek de mümkün değildir ⁸⁶².

Geçmiş yıllarda, ultrasonografinin yaygın kullanımı öncesinde, kadın hastalıkları ve doğum pratiğinde kullanılmış pek çok şüpheli veya muhtemel gebelik bulgusu vardır ⁸⁶³. Hala bazı bölgelerde hekimler bu bulgulara dayanarak tanı koyma durumunda olabilirler. Ancak kesin gebelik belirtileri annenin kalp ritminden farklı fetal kalp atımlarının saptanması, fetal hareketlerin dışarıdan algılanması, fetusun ultrasonografi veya başka bir teknikle görüntülenmesi olarak sayılmaktadır ⁸⁶⁴. İlk iki bulgunun saptanması ancak ilerleyen haftalarda mümkün olmaktadır. Dolayısıyla erken dönemde kesin gebelik tanısı fetusun ultrasonografi ile görüntülenmesiyle mümkün olmakta, bunun yanı sıra ultrasonografi fetusların sayısı, kalp atımları, dolayısıyla canlılığı hakkında bilgi vermektedir ⁸⁶⁵.

Gebelik hormonunun (beta- hcg: human chorionik gonadotropin) kanda ve idrarda saptanması gebeliğin varlığı yönünde kıymetli bir delil olmakla beraber, gebeliğin yerleşim yeri (dış gebelik olabilir) yine çoğu zaman fetusun canlı olup olmadığı ve gebelik süresi konusunda kesin bir bilgi vermemekte ⁸⁶⁶, ancak ultrasonografi eşliğinde anlam taşımaktadır. Beta- hcg hormonunun gebelik sonlandıktan sonra kanda saptanabilir düzeyleri ise yakın zamanda bir gebeliğin mevcudiyeti yönünde ispat oluşturabilmektedir.

Bir gebeliğin varlığı kesin olarak saptanmış olmasına rağmen bir sonraki muayenede saptanamıyorsa, gebeliğin sonlanmış ya da sonlandırılmış olduğu yönünde ispatı sağlayacaktır.

Bir gebeliğin tanısının önceden konamamış olduğu durumlarda, var mıydı, sonlandırıldı mı sorusuna cevap bulmak için ya da var olan bir gebeliğin ne şekilde sonlanmış olduğu konusunda, kadının muayenesi (mağdurun muayenesi CMK m. 76'da düzenlenmiştir) ispat açısından bilgiler verebilecektir.

862 SOYSAL, Zeki / EKE, Murat, Gebelik ile İlgili Adli Tıp Sorunları, Adli Tıp Cilt II, Ed: SOYSAL / ÇAKALIR, İstanbul Üniversitesi, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul, s: 1999, s 909.

863 SOYSAL / EKE, Gebelik ile İlgili Adli Tıp Sorunları, s: 878-883.

864 KOCHENOUR, Neil, Normal Gebelik ve Prenatal Bakım, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, SCOTT James R / DiSAIA Philip J / HAMMOND, Charles B / SPELLACY, William N., Çeviri Editörü: EREZ, Selçuk, 6. Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, s: 150.

865 KOCHENOUR, s:155.

866 KOCHENOUR, s: 155.

Ancak suç tamamlanmış ise, kadının beden muayenesi sırasında geçmişteki gebeliğin varlığına ilişkin kesin bulgulara ulaşılması zor hatta bazen imkansız olabilmektedir. Gebelik sonlandıktan sonra kadının vücudundaki bulgular, gebeliğin haftasıyla da ilişkili olarak, şüphe edilen çocuk düşürtme eylemi ile kadının muayenesi arasında geçen süre uzadıkça daha silikleşmektedir ⁸⁶⁷. Özellikle gebeliğin ilk üç ayı içinde, ehil ellerde yapılmış bir sonlandırma işlemi üzerinden iki üç gün geçtiğinde bile bulgular kaybolabilmektedir. Gebelik ne kadar ileri haftada sonlandırılmışsa, bulgular da o kadar belirgin olup, ortadan kalkması da daha geç olmakta, ayrıca kullanılan yöntem hakkında fikir verebilecek bazı izlere de rastlanabilmektedir ⁸⁶⁸. Ancak tıbbi müdahalelerde sonlandırılan gebeliklerde genital bölgede ve kadının vücudunda travma aramanın ispat açısından çok anlamı olmamaktadır, çünkü bu müdahaleler hastane ortamında, genellikle hastanın sedatize olduğu hallerde gerçekleşmekte, kadının fiziksel karşı koymasına karşın müdahalenin gerçekleştirilmesi gibi bir durum söz konusu olmamaktadır. Acemi ve beceriksiz bir hekimin yaptığı müdahale sonucunda kadının genital bölgesinde, rahminde ve hatta komşu organlarda yaralanmalar ortaya çıkabilecek olsa da, muayene bulguları, tıbbi olmayan yöntemlere başvurulmuş olduğunu düşündürüyorsa, gebeliğin tıp dışı kişilerce sonlandırılmış olduğuna ve dolayısıyla araştırmaların bu yöne kaydırılması gerektiğine işaret edecektir.

Ancak gebeliği sonlandırmak için doğrudan rahime yönelik bir müdahale olması şart olmayıp, birtakım ilaçlar kullanarak da erken dönem gebeliklerinin sona erdirilebilmesi mümkündür. Bu durumda gebeliğin sonlanma şekline bakarak kendiliğinden düşükten ayırımını yapmak, ayrıca kullanılan ilacın gerçekten gebeliğin sonlanmasına yol açmış olup olmadığının ispatı kolay değildir.

Bununla beraber, gebe olduğu bilinen bir kadına, hekim tarafından genital bölge de dahil olmak üzere herhangi bir tıbbi müdahalede bulunulmuş olabilir. Böyle bir müdahaleden bir süre sonra gebelik düşükle sonuçlanırsa, yapılan müdahalenin gebeliğin sonlanmasına elverişli olup olmadığının ispatı gerekmektedir. Bu durumda nedenselliğin ispatının yanı sıra hekimin kastının da ortaya konması gerekmektedir. Çünkü, yapılan müdahalenin bir komplikasyonu olarak gebelik sonlanmışsa ve bunda hekimin kusuru

867 SOYSAL / EKE, s: 1133.

868 SOYSAL / EKE, s: 1133.

varsa bile, taksir düzeyinde olduğu takdirde, çocuk düşürtme taksirle işlenemeyen bir suç olduğu için, sorumluluğu anneye karşı yaralamadan olabilecektir.

Rahim içinde kalmış veya vücut dışına çıkmış gebelik materyali üzerindeki incelemeler de yol gösterici olmakta, özellikle küçük gebeliklerde detaylı histolojik inceleme gerektirmektedir. Histopatolojik inceleme, rahimden tahliye edilen dokuların gebeliğe ait olduğunu ortaya koyacağı gibi, kendiliğinden düşük veya fetusun rahim içinde öldüğü durumlarla ayırıcı tanıya gitmeyi de sağlayabilecektir ⁸⁶⁹. Daha büyük gebeliklerde fetusun vücudu şekillenmiş olacağından, otopsi ile, gebeliğin süresi ⁸⁷⁰, fetusun yaşamının rahim içinde önceden mi sonlandığı yoksa çocuk düşürtmeye yönelik hareket neticesinde mi öldüğü yönünde bilgi verebilecektir ⁸⁷¹. Nadir durumlarda eldeki materyalin mağdurun vücudundan ayrılmış bir gebelik ürünü olup olmadığının ispatı da gerekebilecektir. CMK m. 78 buna yönelik incelemelere izin vermektedir. Gebelik ileri haftalarda sonlandırıldığında bebeğin cesedi üzerinde yapılacak otopsi (CMK m.88) çocuğun canlı mı ölü mü doğduğu, dolayısıyla ayrıca öldürme suçunun söz konusu olup olmadığı yönündeki sorulara cevap bulabilir, fetusun müdahale öncesinde içerde ölmüş olduğunu, dolayısıyla suçun maddi unsuruna ilişkin fetusun canlı olma şartının ortadan kalkmış olduğunu da ispatlayabilir ⁸⁷².

Hekimler on haftadan büyük gebelikleri anne açısından tıbbi bir zorunluluk veya fetusta anomali nedeniyle sonlandırdıklarında, ayrıca rahim içi ölü bebek (in utero mord fetalis) durumlarında kural olarak çıkan materyali patolojik inceleme, gerekirse otopsi için göndermektedirler. Patoloji raporu sonradan, gebeliği sonlandırmak için hazırlanan gerekçeli rapora eklenerek saklanmaktadır. Ancak on haftanın altındaki isteğe bağlı kürtajlarda sıklıkla böyle bir uygulama bulunmamaktadır. Ayrıca başka nedenle yapılan kürtaj işlemleri de, kadınların yanlış aydınlatılmış olması nedeniyle, gebe olduğu ve gebeliğinin sonlandırıldığı şeklinde algılanabileceğinden, hekimin tuttuğu kayıtlar ve

869 SCOTT, James R, Spontan Düşük, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, SCOTT, James R / DiSAIA Philip J / HAMMOND, Charles B / SPELLACY, William N., Çeviri Editörü: EREZ, Selçuk, 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, s: 247.

870 SOYSAL / EKE, Gebelikle İlgili Adli Tıp Sorunları, s: 890.

871 SOYSAL / EKE, Gebelikle İlgili Adli Tıp Sorunları, s: 961, 962, 963.

872 SOYSAL/EKE, s 1138- 1141; KOÇ, Sermet, Adli Tıpta Rapor Hazırlama Tekniği ve Rapor Örnekleri, Adli Tıp Cilt III, Ed: SOYSAL / ÇAKALIR, İstanbul Üniversitesi, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul, s: 1999, s :1597.

patoloji raporları yapılan işlemin tanısal ya da terapötik jinekolojik bir işlem olduğunu ispatlayabilecektir.

Hekimin veya sağlık kuruluşunun, özellikle yasadışı gebelik sonlandırmalarını iş edindiği ve kayıtların da bilerek tutulmadığı ayırık durumlar dışında, kadının başvurma şekli genel anlamda bir jinekolojik veya obstetrik muayene talebiyle olmakta ve ister yazılı ister digital ortamda olsun bu başvurunun kaydı ve bilgileri düşülmektedir. Diğer hasta bilgilerinin yanı sıra, gebeliğin varlığı ve süresine veya yokluğuna ilişkin bilgilerin kaydının da hekim tarafından tutulmuş olması gerekmektedir. Hasta dosyasındaki, protokol defterlerindeki, digital ortamdaki tüm kayıtlar, laboratuvar sonuçları, patoloji raporları, ultrasonografilere ait görüntülemeler ve raporların hepsi ispat için başvurulacak belge delilleri olmaktadır. Çocuğunun düşürtüldüğü iddia edilen kadının beden muayenesi bulguları da delil niteliği taşıyan belirtiler olarak ele alınabilecektir.

Gebe kadın aynı veya farklı hekim ve /veya sağlık kuruluşunda birden fazla kere muayene olmuş ve özellikle objektif değerlendirmeyi mümkün kılan ultrasonografi bilgileri de mevcut ise, bunlar kıyaslanarak doğru belirlemeye ulaşılabilecektir. Ayrıca günümüzde gebelere ait bilgiler bir izlem programında toplandığından bunları kıyaslayarak da doğru bilgiye ulaşma şansı olmaktadır.

Tanık beyanları ispata yardımcı olabileceksede, mağdur kadının yakınlarının, ki bunlar sıklıkla tanıklıktan çekinme hakkının da tanındığı kimseler olmaktadır, tıbbi konuları kavramakta zorlanma, ayrıca sanığın lehine beyanda bulunmama olasılıkları da göz önünde tutulmalıdır. Hekimin yardımcısı konumundaki sağlık çalışanlarının da, beyanlarının kendilerini de sorumluluk altına sokabileceği düşüncesiyle tanıklık yapmayabilecekleri (CMK m.48) ya da her şeye rağmen doğru beyanda bulunmayabilecekleri olasılık dahilindedir.

Demek ki, öncelikle gebeliğin varlığının ve sanık hekim tarafından sonlandırılmış olduğunun ispatı gerekmektedir. Gebelik hiç söz konusu olmadıysa ya da sonlanması sanığa isnat edilebilen bir müdahale neticesi gerçekleşmemişse çocuk düşürtme suçundan sorumluluk olmayacaktır.

3 - Rızanın İspatı

TCK 99/1'e göre bir kadının rızası olmaksızın gebeliğinin sonlandırılması çocuk

düşürtme suçunu oluşturmaktadır. Demek ki rızanın varlığı ya da yokluğunun mutlaka ortaya konması gerekmektedir.

Ünver, rızanın olmamasını, eylemin öncesi ve sonrasında alenen ya da zımnen rızanın açıklanmamış olması, veya kadının rızasının olmadığını açıklaması, rıza beyanına ehil olmaması, iradeyi sakatlayan hallerin, yani rızanın geçersiz olduğu hallerin varlığı olarak açıklamaktadır⁸⁷³. Ayrıca gebeliğin bir uzman hekim tarafından sonlandırılmış ve kadının buna karşı koyduğuna dair bir belirtinin bulunmamasının da rıza yönünde değerlendirilmesini hatalı ve sakıncalı bulmaktadır. Zira çocuk düşürtme suçları, özellikle hastane ortamında hekimler tarafından gerçekleştirildiğinde, cinsel saldırılar ve yaralamalar gibi kadının fiziksel olarak açıkça karşı koymasına rağmen gerçekleştirilen müdahaleler olmadığından, kadının vücudunda bir belirti olmaması rızanın ispatı yönünde yorumlanmamalıdır⁸⁷⁴.

Kadının rızasının özgür irade ile verilmiş hukuken geçerli bir rıza olup olmadığını, ve öncesinde uygun şekilde aydınlatmanın yapılmış olup olmadığını ispatı gerekmektedir. Yazılılık ispat kolaylığı sağlayacaksa da, bunun hukuk yargılamasındaki gibi bağlayıcı olmadığı, yazılı bir rızanın varlığının, rızanın ve aydınlatmanın varlığını kesin olarak ispatlamayacağı da yazar tarafından ifade edilmektedir⁸⁷⁵.

Halihazırda, gebelik bir sağlık kuruluşunda hekimler tarafından sonlandırıldığında, genel olarak diğer tıbbi müdahalelerde olduğu gibi, öncesinde hastanın yani ilgilinin rızası alınmakta, eski yıllarda RTSHYDİT'e ekli belgenin doldurulmasıyla yetinilirken artık hastanın aydınlatılması da sağlanmakta ve buna ilişkin formlar da dosyaya eklenmektedir. Bunlar hasta dosyasında mevcutsa, her ne kadar *Ünver* yazılı rızanın ispat gücüne haklı olarak şüpheli yaklaşılsa da, yine de rızanın varlığı yönünde bir kanaat oluşturabilecektir. Ancak her türlü tıbbi müdahaleye yönelik genel bir muvafakat belgesi, hastanın özellikle gebeliğinin sonlanmasına yönelik bir rıza verdiğini ispat için yeterli olmayacaktır. Yasal temsilcilerin izninin de olmasını gerektiren durumlarda, bu izinlerin verilmiş olduğuna dair belgelerin de bulunması gerekteyse de, suçun oluşmaması için rızanın menfaati ihlal edilen kişi tarafından gösterilmiş olması gerekmektedir⁸⁷⁶. Çocuk düşürtme açısından da aranan, madde metninde de yer aldığı gibi, kadının kendi rızasıdır. Reşit ve mümeyyiz

873 ÜNVER, Türk Tıp Hukukunda Rıza, s : 267.

874 ÜNVER, Türk Tıp Hukukunda Rıza, s: 268.

875 ÜNVER, Türk Tıp Hukukunda Rıza, s: 280, 281.

876 ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s: 205.

olmasa dahi, önemli olan somut olayda anlama ve karar verme yeteneği olmasıdır⁸⁷⁷, dolayısıyla kadın gebeliğin sonlanması ve buna gösterdiği rızanın anlamını kavrayabilecek durumdaysa onun rızası aranacaktır, varlığı veya yokluğu yönünde ispatı gereken de gebe kadının rızası olacaktır.

Dil, ülkemiz bağlamında Türkçe bilmeyen bir kadının da kendisine anlatılanları ya da yazılanları, yine okuma yazma bilmeyen bir kadının da yazılanları okuyarak ve anlayarak rıza verdiğini ispatlamak zor olabilecektir. Her ne kadar Tüzük'e ekli formda ve sıklıkla aydınlatılmış onam formlarında, konunun kadın tarafından anlaşıldığı ve onun tarafından imzalandığı yönünde bir tanığın imzası aransa da, bu kişinin gebeliğin sonlanmasını isteyen ve kadının rıza vermediği yönündeki irade açıklamalarını yanlış aktaran bir kişi olması da söz konusu olabilir. Hekimin ancak bu nedenle kaçınılmaz bir yanılığa düştüğü ispat edilebilirse sorumluluğu olmayacaktır. Böyle durumlara mahal vermemek üzere, rızanın varlığını teyit etmek için gebe kadın ile iletişime yardım edecek başka kişilere başvurulması ve durumun yazılı şekilde kayıt altına alınması yararlı olabilecektir.

Hukuka aykırı şekilde gebelik sonlandırmayı iş edinmiş hekimlerin yaptığı müdahalelere ilişkin olarak ise hiçbir tıbbi kaydın, dolayısıyla rızanın ispatına yönelik bir belgenin de bulunması sıklıkla söz konusu olmamaktadır. Zaten böyle bir durumda geçmişteki gebeliğin ve bir müdahale ile sonlandırılmış olduğunun ispatında da zorluk yaşanabilecektir. Kimi zaman tanık beyanından başka bir delile ulaşılamamaktadır.

CMK m. 45/2 ile yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin anlamını kavrayamayacak olanların kanuni temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilecekleri, kanuni temsilci şüpheli ve sanık ise bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremeyeceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre gebeliği sonlandırılmış olan küçük ya da kısıtlı bir mağdurun yasal temsilcisi suç ortağı durumundaysa, mağdurun rızasının olup olmadığı yönünde beyan verip veremeyeceğine kimin karar vereceği konusunda açıklık bulunmamaktadır.

Hakim, bu tür davalarda ispata yönelik pek çok konuda bilirkişiden yardım alma durumundadır. Ancak rızanın varlığı kanaatimizce hukuken belirlenmesi gereken bir konu olup, bilirkişiler kendilerinden beklenen bu olmadığı halde rıza konusunda bir yorum

877 ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s: 205.

yaptıklarında hakimin bu değerlendirmelere itibar etmemesi gerekmektedir. Her ne kadar verilen örnek hukuk yargılamasından olsa da, doğumu takip eden zamanda çocukta ortaya çıkan zararlarla ilgili bir davada, ki ceza soruşturma dosyası 4616 sayı ve 22.12. 2000 tarihli yasayla kapanmıştır, kadın doğum bilirkişileri tarafından verilen rapor⁸⁷⁸, davanın seyrini değiştirmiş, bu davadaki uyuşmazlığın çözümü rıza ile ilgili değilken buna odaklanılmış ve konunun özünden uzaklaşmıştır⁸⁷⁹.

4-Gebelik Süresinin İspatı

NPHK, gebeliğin on haftaya kadar, herhangi bir ilave neden aramaksızın yalnızca gebe kadının isteğine bağlı kalarak sonlandırılmasına izin vermektedir, yani bu haftaya kadar rızaya bir hukuka uygunluk nedeni tanımıştır. On haftayı aşmış bir gebeliğin ise tıbbi bir zorunluluk olmaksızın sonlandırılması TCK m. 99/2'ye göre çocuk düşürtme suçunu oluşturacaktır. Kadının rızasının bulunması eylemi suç olmaktan kurtarmadığı gibi kadının kendi de ayrıca fail konumuna gelecektir. Demek ki, kadının rızasının varlığı ispatlanmış olsa bile, suçun oluşup oluşmadığını ortaya koymak için gebeliğin kaçınıcı haftada sonlandırıldığının ispatı da gerekmektedir.

878 CTF Kadın-Doğum ABD'nin Adli Tıp Kurumuna sunduğu Rapor (7.12.2000): Bebek doğum sırasında hipoksiye girerek fetal distress arazları ile doğmuş, takiben hipoksi koşullarına ek olarak neonatal sepsis geliştiği anlaşılmıştır. Hekimin sezaryen ile doğum ve arkasından vakum uygulama teklifinin hasta tarafından red edilmesi böyle bir sonucun nedeni olabilir, ancak hekimin bu teklifleri yaptığı halde hasta tarafından tekliflerin reddedildiğinin ispatlanması gerekir, bunun hastanın imzalı beyanı veya görgü tanıklarının şahitliği ile ispatlanmasının mümkün olduğu takdirde hekimin sorumlu tutulamayacağı, aksi takdirde hekimin kasıtlı değil ama mesleki acemiliği nedeniyle duruma sebebiyet verdiği sonucuna varılmıştır.

879 Yargıtay 13.HD E: 2007/1681, K: 2007/1248 T:05.02.2007: Hemen belirtmek gerekir ki dosya içinde bulunan Adli Tıp Kurumu raporlarında davalı doktorun sezaryen ameliyatı ve doğum esnasında da vakum önerisini davacıların kabul etmemesi nedeniyle davalıların kusurlu bulunmadıkları kabul edilmiş olup, bunun aksi durumda davalıların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur. Dosya içinde bulunan 1.11.1998 tarihli muvafakat belgesinde, davacı Güler'in hastalığının tedavisinin davalı doktor tarafından yapılmasına, lüzum görülen cerrahi ameliyatlara ve bu ameliyat sırasında zuhur eden diğer arızaların ve ihtilafların fenni zaruret görüldüğü takdirde cerrahi ameliyat yapılma suretiyle tedavisine muvafakat ettiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar bu belge davacı tarafından imzalanmayıp, davacı Güler'in yakını tarafından imzalanmış ise de, davacıların artık bu belge ile cerrahi ameliyat da dahil olmak üzere tüm cerrahi ve tıbbi müdahaleler hususunda muvafaklerinin olduğunun kabulü gerekir. Hal böyle olunca bu durumun tersine tezahür eden, davacının sezaryen ve vakum önerisini kabul etmediğinin de davalılar tarafından yazılı belgeyle ispatlanması gereklidir. Davalılar ise böyle bir yazılı belge sunmadıkları gibi savunmalarını kanıtlayıcı yasal bir delil de ibraz etmiş değillerdir. Her ne kadar davalıların tanıkları davalıları doğrular şekilde beyanda bulunmuş iseler de, bu konuda tanık dinleyemeyeceğinden beyanlarına itibar edilemez. Mahkemece davalıların olayın vukuu bulmasında kusurlu oldukları kabul edilmek suretiyle davacıların taleplerinin değerlendirilerek, hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir. Yargıtay 13.HD E: 2007/1681, K: 2007/1248 T:05.02.2007, SAVAŞ, Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s: 110.

Kadın hastalıkları ve doğum uygulamasında gebeliğin süresi ve büyüklüğü, ay değil hafta olarak hesaplanmakta ve bu hesaplamanın başlangıcı son adet tarihinin ilk günü olarak alınmaktadır ⁸⁸⁰. Döllenmeden yaklaşık bir hafta sonra implantasyon (nidasyon) gerçekleşmekte, henüz bir adet rötarı dahi olmadan kanda insan koryonik gonadotropin hormonunun beta zincirinin (beta-hcg) saptanmasıyla gebeliğin tanısını koymak mümkün olmaktadır. Gebeliğin bu şekilde en erken saptandığı durumda dahi tıbben yaklaşık üç haftalık bir gebeliğin varlığı söz konusu olmaktadır. Ultrasonografik olarak ise en erken dördüncü hafta civarı, kanda beta-hcg düzeyleri yaklaşık 1000-1500 mIU/ml'ye ulaşıncaya transvaginal ultrasonografide rahim içinde görünür hale gelmekte, dolayısıyla normal rahim içi gebelik olarak değerlendirilebilmektedir. Embriyonun varlığı ise ancak 6. hafta, kalp hareketlerinin ortaya çıkışı ise 6-7 hafta arasında olmaktadır. Beklenen zamanda bu bulguların ortaya çıkmayışı boş gebelik olarak kabul edildiğinden, rahim tahliye edilse bile yaşamı sonlandırılmış bir embriyo bulunmadığı için çocuk düşürtme suçuna konu olacak bir özellik göstermemektedir ⁸⁸¹. Bu bulgular bir kez saptanmışsa, ilk haftalarda yapılan ölçümlerin birkaç gün oynama dışında kesin doğruluk taşıması nedeniyle, gebelik haftasını ispat için yeterli olmakta, sonrasında yeni bir ölçüm olmasa bile, bu bilgiden hareketle gebelik haftasını hesaplamak mümkün olmaktadır.

Embriyonun 5-6 hafta arası gözlenmesini takiben, 12-13. haftaya kadar embriyonun CRL (crown- rump length, baş-popo mesafe ölçümü), sonrasında fetusun BPD, HC, AC, FL ölçümleri ile gebelik haftası belirlenebilmektedir. İlerleyen dönemde fetusun büyük ya da küçük kalması nedeniyle bu ölçümlerde hata payı olmaktadır ⁸⁸².

Gebelikle ilgili tüm ölçüm ve hesaplamalar, son adet tarihinden başlatıldığı için, bu tıbbi hesaplama yönteminden habersiz gebe kadınların kendi hesaplamaları hekimlerin kullandığı yöntemlere göre iki hafta geride kalmaktadır. Bu fark yasal olarak gebeliğin sonlandırılmasına izin verilen on haftanın belirlenmesinde sorun oluşturmaktadır. Hekim

880 KOCHENOUR, s: 156; SOYSAL/ EKE, Gebelik ile İlgili Adli Tıp Sorunları, s: 895.

881 FLEISCHER, Arthur/ KEPPLER, Donna, Erken İntrauterin Gebeliğin Transvaginal Sonografisi, Obstetrik ve Jinekolojide Sonografi, Prensipler ve Klinik Uygulamalar, 5. Baskı, Ed: FLEISCHER/MANNİNG/JEANTY/ROMERO, Simon & Schuster, 1996, Çeviri Ed: YÜKSEL, Atıl, Ulusal Tıp Kitabevi, 2000, s: 59.

882 JEANTY, Philippe, Fetal Biometri, Obstetrik ve Jinekolojide Sonografi, Prensipler ve Klinik Uygulamalar, 5. Baskı, Ed: FLEISCHER/MANNİNG/JEANTY/ROMERO, Simon & Schuster, 1996, Çeviri Ed: YÜKSEL, Atıl, Ulusal Tıp Kitabevi, 2000, s: 137, 139, 140, 141; PLATT, Lawrence D, Gestasyonel Yaşın Değerlendirilmesi, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed:QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara 1998, s: 58-63.

kendisi ayrıca gebelik haftasını ultrasonografi ile kontrol etmemiş ise, kadının ifadesi ve pozitif sonuçlanmış bir gebelik testine dayanarak yasal sürenin içinde sandığı büyük bir gebeliği sonlandırabilmektedir. Böyle durumlarda hekimin kastının ispatlanması gerekmektedir, zira çocuk düşürtme taksirle işlenebilen bir suç olmamakla beraber, hekimin hastanın yanılmış olabileceğini ya da bilerek yanlış bilgi verebileceğini öngörmesi beklenmektedir.

Gebeliğin varlığı ve süresine ilişkin bilgiler veya yokluğuna ilişkin bilgilerin kaydının hekim tarafından tutulmuş olması gerekmektedir. Hekimin veya sağlık kuruluşunun, özellikle yasadışı gebelik sonlandırmalarını iş edindikleri durumlarda böyle bir kaydın bulunmaması da olasıdır. Ancak kadın birden fazla hekime takip olmaksızın, bir diğer hekimin kayıtları da haftanın ispatında kullanılabilir.

Elde ultrasonografik bir ölçüme dayanan güvenilir veriler olmadığı takdirde, fetusun yaklaşık 16-18. haftalar arası oynamaya başlaması ve rahimin büyüklüğünün değerlendirilmesi ile gebelik haftası yaklaşık olarak belirlenebilecektir. Ancak ispat açısından önemli olan tam olarak kaç haftalık olduğu değil, on haftayı aşmış olup olmadığı olduğundan, rahimin dışarıdan hissedilmesi ve fetal hareketlerin algılanıyor olması her halükarda on haftayı aştığını gösterecektir. Bunlar tıbben kayıt altına alınmış bilgiler değilse, tanığın ve mağdurun beyanlarına dayanmak gerekecektir. Ancak bu beyanları da bir bilirkişinin değerlendirmesi gerekmektedir.

Hafta bilinmemekle beraber gebeliğin hangi yöntemle sonlandırıldığı biliniyorsa, bu da gebelik haftasının yaklaşık olarak tahmin edilmesini sağlayabilir. Zira on haftanın altındaki gebeliklerin sonlandırılmasında MR, vakum aspirasyon, kürtaj gibi basit yöntemler yeterliyken, rahim ağzının genişletilmesi ve rahim kasılmalarının minyatür bir doğum sağlayacak şekilde başlatılarak fetusun dışarı atılmasının sağlanması yoluna gidilmişse, gebeliğin on haftayı aşmış olduğu yönünde ispat oluşturabilecektir. Düşük materyalinin patolojik incelemesi de gebelik haftası hakkında fikir verebilecektir⁸⁸³.

5-Tıbbi Sonlandırma Endikasyonunun İspatı

Gebeliklerin on haftaya kadar isteğe bağlı sonlandırılması kural olarak serbest olup, herhangi bir tıbbi endikasyonun varlığı aranmamakta iken, on haftanın üzerindeki

883 SOYSAL / EKE, s: 1139.

gebeliklerin sonlandırılmasına, ancak annenin yaşamını tehdit eden ve edecek ya da doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır bir maluliyete neden olacak durumlarda izin verildiği, bu durumların ne olduğunun ise, RTSHYDİT'ün 8. maddesinde sayılan acil durumlar ve ekli (2) sayılı listede yer alan durumlar olarak açıklandığı görülmekte, bunun yanı sıra TCK m. 99/2 lafzından da tıbbi zorunluluk durumlarında on haftanın üstündeki gebeliklerin sonlandırılmasının, annenin de rızası olmak şartıyla, çocuk düşürtme suçunu oluşturmayacağı anlaşılmaktadır. NPHK'nın 5. maddesi ve Tüzük 5. maddesinde, kadın doğum uzmanının ilgili branştan diğer bir hekim ile beraber düzenleyeceği gerekçeli rapor ile durumun belgelendirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Raporun tek başına ispatı sağlamayacağını kabul etmek gerekmektedir. Bu yüzden anne açısından gebeliğin sonlandırılmasını gerektiren tıbbi zorunluluk durumu ya da fetustaki ağır maluliyet oluşturan anomalilerin varlığının laboratuvar raporları, görüntülemeler, klinik değerlendirmelerle desteklenmiş ve gerekçelendirilmiş olması gerekmektedir. Gerekçeli raporun düzenlenmesi kanun ile de hüküm altına alınmıştır. Bu konuda yapılacak şifahi bir açıklamanın ise hiçbir değeri olmayacaktır.

Annede gebeliğin sonlandırılmasını gerektiren durum kronik bir hastalıkta, geçmişteki raporların da dikkate alınması gerekmektedir. Bununla beraber önceden olmayan ya da olsa da bulgu vermeyen bir hastalığın ilk kez o gebelik sırasında ağır bir şekilde ortaya çıkma olasılığı da her zaman için vardır. Önceden de dile getirilmiş olduğu gibi, (2) sayılı listeye birebir bağlı kalmak da gebeliklerin endikasyonsuz şekilde sonlandırılmasına yol açacaksa da burada hekimin yanlılığı da söz konusu olabilecektir. Bu somut gereklilik⁸⁸⁴ uygun şekilde gerekçelendirilmişse gebeliğin tıbben haklı bir nedenle sonlandırılmış olduğunu ispatlayacaktır. Ancak anneye yönelik yaşamsal tehlike yaratan durum, örn. preeklampsi gebeliğin sonlanması nedeniyle ortadan kalkmış ve sağlığı düzelmişse, sonradan ispatı kolay olmayabilir. Bilirkişilerin de endikasyonun yerindeliğini somut olaya göre değerlendirmeleri gerekmektedir.

Sonlandırma fetal anomali nedeniyle yapılmışsa fetusun otopsi ya da patolojik inceleme raporu da bu yönde delil oluşturacaktır⁸⁸⁵. Hekimlerin bu endikasyonu belirlemede kusurları olmuş ve karar gereksiz yere alınmış olabilir, hekimin taksiri neticesi

884 KOÇ / KABUKÇU, s:318.

885 SOYSAL/ EKE, Çocuk Düşürme, s: 1138.

gerçekleşmiş bu gereksiz sonlandırma, koşulları varsa, anneye karşı taksirle yaralama suçunun nitelikli halini oluşturabilir. Bu noktada hekimin kastının ortaya konması çok önemlidir. Çünkü anne ile hekim anlaşarak gerçekte olmayan bir sonlandırma endikasyonuna sanki varmış gibi dayanarak, ya da fetusun öldüğü gerekçesiyle gebeliği sonlandırma yoluna gidebilirler. Hekimlerin de çocuk düşürtme suçunu en sık on haftadan büyük gebeliklerin sonlandırılması şeklinde işledikleri bilinmektedir. *Ünver* de tıbbi endikasyonun varlığı yönünde gerçeğe aykırı bahanelerle sahte raporlar düzenlendiğinden söz etmektedir⁸⁸⁶. Bu bağlamda tanık beyanları, özellikle kadını gebeliği sırasında izlemiş başka kadın doğum uzmanlarının beyanları ispata katkıda bulunabilecektir.

6-Gebeliğin Sonlandırılması ile Kadının Uğradığı Bedensel ve Ruhsal Zarar ve Ölüm Arasındaki İlişkinin İspatı

Gebelik ister kadının rızası olmaksızın (TCK m. 99/1), ister rızasına dayanarak on haftanın üzerinde (TCK m. 99/2) sonlandırılmış olsun, ortaya çıkan zararlar ve ölüm suçun nitelikli halini oluşturmaktadır (TCK m. 99/3 ve m.99/ 4). Kadında meydana gelen bedensel ve ruhsal zararların gerek müdahaleyi yapan hekim gerek hastayı sonrasında takip eden başka hekimler tarafından tutulmuş kayıtlarla ispatlanması gerekmektedir. Bu kayıtların neler olduğu somut olaya göre değişkenlik gösterecektir ve bilirkişiler tarafından değerlendirilecektir. Gerekirse mağdur kadının yeniden muayenesi de yapılacaktır. Bilirkişiler yalnızca kadında bir zararın ortaya çıkmış olduğunu değil, bunun, gebeliği sonlandırmak üzere yapılan müdahaleden kaynaklanıp kaynaklanmadığını, yani nedenselliği de ortaya koyabilmelidirler. Erken dönemde, müdahalenin hemen akabinde ortaya çıkan olumsuzlukların yapılan müdahale ile ilişkilendirilmesi göreceli olarak kolaysa da geç dönemde ortaya çıkan sorunlarda, örneğin yapılan kürtaj işleminden birkaç yıl sonra kadının gebe kalamadığını fark etmesi gibi durumlarda nedensellik bağıını kurmak güç olmaktadır. Kadın ölmüş ise, otopsi, ölüm nedenini ortaya koymada en önemli delil olacaktır⁸⁸⁷. Ancak otopsiler ile de ölüm nedeninin aydınlatılamadığı olgular seyrek olmayarak ortaya çıkmaktadır.

886 ÜNVER, Türk Tıp Hukukunda Rıza, s: 271, dn: 46.

887 SOYSAL/ EKE, s: 1146, 1147; SOYSAL, Zeki/ EKE, Murat/ ÇAĞDIR, Sadi, Gebelik, Doğum ve Lohusalıkta Anne Ölümleri, Adli Tıp Cilt II, Ed: SOYSAL / ÇAKALIR, İstanbul Üniversitesi, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul, s: 1999,1118,1119,1120.

7-Gebeliğin Suç Sonucu Oluştuğunun İspatı

Burada ispatı gereken, gebeliğin suç sonucu oluşup oluşmadığı değil, hekimin çocuk düşürtme suçunu işleyip işlemediğidir. Kadının suç sonucu gebe kaldığının kesin hükümlerle ispatlanması halihazırdaki uygulamada gebeliğin 20. haftasından önce, hatta çocuğun doğumundan önce de mümkün olmayacağından, hekimin bu suça ilişkin kesin bir ispatı beklemesi düşünülemeyecektir. Aksi halde, TCK m. 99/6'daki düzenlemenin yapılmış olmasının anlamı kalmamaktadır.

Ancak bu kez de, kadının suç sonucu gebe kaldığının ispatı beklenmeden yapılan her gebelik sonlandırılmasında da hekimin çocuk düşürtme suçunu işlediğinin kabulü gerekmekte olup, ayrıca sonradan soruşturmada takipsizlik ya da yargılamada beraat kararı verilmesi halinde de, otomatikman hekimin çocuk düşürtme suçunu işlemiş olmasını sonuçlayacaktır.

Ünver'in de belirttiği gibi TCK m. 99/6 hükmü, kişilerin istemedikleri gebelikleri keyfi şekilde 20 haftaya kadar sonlandırma tehlikesi barındıran sakıncalı bir düzenlemedir. Yazar hükme hakim ve savcı müdahalesini sağlayan bir güvencenin eklenmesi gerektiğini belirtmektedir⁸⁸⁸. İşte bu noktada, hekim açısından ispatı gereken de, gebeliği böyle keyfi bir uygulamayla mı sonlandırdığı, yoksa kadının suç sonucu gebe kaldığını düşündüren haklı nedenlere mi dayandığı olmaktadır.

Cinsel dokunulmazlığına yönelik suç sonucu gebe kaldığını iddia eden ve sonlandırılmasını isteyen bir kadının, savcılığa başvuruda bulunmamış olsa dahi, gebeliğin varlığını öğrenir öğrenmez hekime başvurmuş olması bekleneceğinden, eğer gebelik daha erken haftalarda saptanmış, kadın on haftalık yasal süre içinde bu hakkını kullanmamış, ya da on haftayı aşmışken saptanmış olsa bile sonlandırma talebinde bulunulmamış ve beklenmiş ise, hekimin gebeliğin suç sonucu oluştuğuna kanaat getirmesinin mantıklı bir açıklaması olmayacaktır. Kadın gebeliğini gerçekten ileri bir haftada fark etmiş olsa dahi, sadece onun beyanına dayanılmasının, bunun hekimi cezalandırılmaktan kurtaracak yeterli bir güvence olarak kabul edilmesi mümkün olmayabilir.

Cinsel saldırıya uğrayan gebe kadının vücudunda başka travmatik belirtiler de olabileceğinden, durum hekim raporlarıyla tespit edilse ve saptanan gebeliğin süresi hastanın anılan suç tarihinde gebe kalmış olabileceğini destekliyor olsa dahi, kadının aynı

888 ÜNVER, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s: 132, ÜNVER, Türk Tıp Hukukunda Rıza, s: 271, dn: 46.

tarihlerde suç oluşturmeyan başka bir ilişki neticesi gebe kalmadığını da mutlak olarak ekarte ettiremez.

Şu halde, gebeliğinin suç sonucu oluştuğu iddiasıyla ve sonlandırma talebiyle başvuran bir kadının, aynı zamanda adli makamlara da bir başvurusu varsa, hekim bunu araştırarak, dava açılmışsa ya da soruşturma evresinde, savcıdan suçun oluştuğu yönünde kanaat olduğunu belirten bir yazıya dayanarak gebeliği sonlandırmışsa bu cezasızlık nedeninden faydalanabileceğini düşünmekteyiz. Hekim suçun ihbarını sağlayarak da savcılığın 20 haftalık süre dolmadan bir görüş oluşturması temin edebilir. Bu şekilde adli makamlardan alınmış bir belgenin varlığı ispata yardımcı olabilecektir. Sonradan savcılık tarafından takipsizlik kararı ya da mahkeme tarafından beraat kararı verilmiş olmasının sonucu değiştirmeyeceği, savcılığın veya mahkemenin o zamandaki kanaatine dayanarak gebeliğin sonlandıran hekimin kasten kusurlu hareket etmiş olmayacağını düşünmekteyiz. Adli makamlardan aldığı bilgiye dayanarak hareket eden hekim bir yanlıgı içine düşmüş olacaktır.

N - YAPTIRIM

TCK m. 99/1'e göre, rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası⁸⁸⁹, m. 99/2'ye göre ise, gebe kadının rızası olsa bile süresi on haftayı geçen gebeliklerde tıbbi bir zorunluluk bulunmamasına rağmen çocuğu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır⁸⁹⁰. Bu cezalar yalnızca gebeliği sonlandırma yetkisi bulunan kişilere, yani TCK m. 99/1 bağlamında kadın doğum uzmanları ve kurs sonucu yeterlik belgesi almış hekimlere, TCK m. 99/2 bağlamında yalnızca kadın doğum uzmanlarına uygulanacaktır.

On haftaya kadar olan gebeliği kadının rızasıyla sonlandıran yetkili hekimin eylemi suç oluşturmeyecek iken, yetkisiz kişi on haftanın altında gebeliği kadının rızasıyla sonlandırdığı takdirde, m. 99/5 hükmü uyarınca iki yıldan dört yıla kadar hapis ile cezalandırılacak, ancak kadının rızası olmadığı takdirde, m. 99/1'de yetkili kişi için öngörölmüş olan beş yıldan on yıla kadar hapis cezası yarı oranında arttırılacak, kadının

889 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 742; KANBUR, s: 1255; AYDIN, s: 97.

890 HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 742; KANBUR, s: 1256; KIZIROĞLU, s: 184.

rızası olsa dahi, gebelik süresi on haftayı aşmış ise, bu yetkisiz kişi için, m. 99/2’de yetkili kişi için öngörülen iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası da yarı oranında arttırılacaktır.

TCK m. 99/3 uyarınca, rızası olmaksızın bir kadının gebeliğini sonlandıran yetkili hekim, kadının beden veya ruh sağlığı yönünden bir zarara uğraması durumunda altı yıldan on iki yıla kadar, ölmesi durumunda on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis ile cezalandırılacak iken, aynı fiil yetkisiz bir kişi tarafından işlendiği takdirde bu cezalar yarı oranında arttırılacaktır. TCK m. 99/4 uyarınca, gebe kadının rızasına dayanarak, tıbbi bir zorunluluk olmadan on haftadan büyük gebeliği sonlandıran kadın doğumu uzmanı, kadının beden veya ruh sağlığının zarara uğraması durumunda üç yıldan altı yıla kadar, ölmesi durumunda dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ile cezalandırılacak iken, aynı fiil yetkisiz kişi tarafından işlendiği takdirde bu cezalar yarı oranında arttırılacaktır.

Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi halinde herhangi bir ceza verilmeyeceği m. 99/6’da hüküm altına alınmıştır⁸⁹¹. Demek ki bu fiil, yetkisiz bir kişi tarafından işlendiği takdirde m. 99/2’de yetkili kişi için öngörülmüş olan iki yıldan dört yıla kadar ceza, yarı oranında arttırılarak uygulanacaktır. Kadının rızası olmaksızın gebelik sonlandırıldığı takdirde ise, sonlandıran kişi kadın doğum uzmanı ise m. 99/1 hükmünün, başka bir hekim ise m. 99/5 ikinci cümle hükmünün uygulanması gerekmektedir.

Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten yetkili hekime TCK m. 99/1 uyarınca verilecek olan cezanın süresi göz önüne alındığında (beş yıldan on yıla kadar hapis), TCK m.50 uyarınca seçenek yaptırımlara çevrilme ve m. 51 uyarınca ertelenme imkanı bulunmamaktadır. Ayrıca kasten işlenen bir suç olduğu için TCK m. 53 uyarınca hak yoksunluğuna ve 1 fıkra e bendi uyarınca bir kamu kurumunun ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı uygulama yetkisinin kötüye kullanımı nedeniyle işlenmiş olduğundan aynı maddenin 5. fıkrası uyarınca cezanın infazından sonra da cezanın yarısından bir katına kadar süre için hekimin mesleğini icra etmekten men edilmesine hükmedilmesi de söz konusu olacaktır⁸⁹². Öngörülen ceza süreleri dikkate alındığında aynı durum TCK m. 99/3 ve m. 99/4 düzenlenmiş nitelikli haller ve m. 99/5 ikinci cümlesi bakımından da söz konusu olacaktır.

891 KANBUR, s: 1256.

892 ARTUÇ, s: 552.

Gebelik süresi on haftayı aştıktan sonra tıbbi bir zorunluluk bulunmaksızın kadının rızası ile gebeliğin sonlandırılması halinde öngörülen ceza iki yıldan dört yıla kadar hapis olduğu için seçenek yaptırımlara çevrilme imkanı bulunmasa da, ertelenme imkanı bulunmaktadır. Kasten işlenen bir suç olması nedeniyle hak yoksunlukları ve yetkinin kötüye kullanımı nedeniyle cezanın infazından sonra yarısından bir katına kadar da mesleğin icrasından yasaklanma TCK m. 99/2 birinci cümle açısından da söz konusu olacaksa da, erteleme durumunda m. 53/3 uyarınca hak yoksunluklarının uygulanmamasına karar verilmesi de olasıdır. Yine m. 99/5 birinci cümlesine göre rızaya dayalı olsa bile gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde de iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. On haftanın altındaki gebeliğin kadın doğum uzmanı ve yeterlik kazanmış hekimler dışındaki hekimler tarafından sonlandırılması durumunda da, m. 99/2'nin birinci cümlesi için geçerli olan durumlar söz konusu olacaktır⁸⁹³.

893 ARTUÇ, s: 553.

SONUÇ

Gebeliklerin sonlandırılması insanlık tarihi kadar eski bir olgu olup, bu konudaki uygulamalar yaşanılan çağ, bölge, sosyokültürel yapı, ekonomik koşullar, dinsel ve etik yaklaşımlar, tıptaki ilerlemeler ve konuya yönelik hukuki düzenlemeler gibi pek çok faktörün etkisi altında değişkenlik göstermiş ve göstermeye devam etmektedir. İnsan vücuduna yönelik tıbbi müdahaleler içinde de en çok tartışılmış olan konulardan biri olduğu kabul edilmektedir.

Tarihte çok uzun bir dönem gebeliklerin sonlandırılmasına yönelik yaklaşımlar ve yaptırımlarda dinsel ve ahlaki boyutu önem taşımış ve hareket noktasını oluşturmuştur. 18. yüzyıldan itibaren konu yasal düzenlemelerin kapsamına alınmaya başlamış, ilk dönemde gebeliğin sonlandırılmasını katı şekilde yasaklayan hükümler, sakıncalarının da ortaya çıkmasıyla beraber zamanla yumuşayarak, annenin yaşamının, beden ve ruh sağlığının korunması gibi tıbbi nedenlerin yanı sıra, sosyal endikasyonlarla gebeliklerin sonlandırılmasına belli koşullar altında izin verilmiş, ayrıca kadının bedeni üzerinde tasarruf ve istediği sayıda çocuk sahibi olmasını öngören üreme hakları uyarınca da yine belli koşulları taşıması ve belli sürelerle sınırlı kalması halinde gebeliklerin, gebe kadının rızasına dayanarak isteğe bağlı sonlandırılmasına da izin verilmiştir.

Ülkemizde konu, Osmanlı İmparatorluğu döneminde uzun yıllar Şeriat hükümleri göz önünde tutularak çözülmeye çalışılmış, farklı görüşler olmakla birlikte, genellikle, 4. aydan sonra sonlandırılması bir günah olarak nitelendirilmiş, ve *gurre* tabir edilen bir diyet cezası öngörülmüştür. İmparatorluğun son döneminde yapılan yasal düzenlemelerde gebeliğin sonlandırılması suç olarak ele alınmıştır. Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk yıllarında gebeliğin her şekilde sonlandırılması yasaklanmış iken, toplumun değişen ihtiyaçlarına uygun olarak 1965-1983 yılları arasında, gebeliğin annenin yaşamını ve sağlığını korumak için sonlandırılmasına izin verilen geçiş dönemini takiben, 1983 yılında kabul edilen 2827 sayılı NPHK ile, annenin hayatı ve sağlığının korunması yanı sıra ağır fetal anomali durumlarında, ayrıca on haftaya kadar herhangi bir neden aranmaksızın annenin isteğine bağlı olarak sonlandırılmasına izin verilmiştir. Konu ile ilgili detaylı düzenlemeler NPHK'nun yanı sıra bu kanuna dayanarak çıkarılan RTSHYDİT'te yer almaktadır.

Kanunda belirtilen haller ve uyulacak esaslar göz önünde tutulmaksızın gebeliğin sonlandırılması durumunda ise cezai sorumluluk ve yaptırımlar öngörülmüştür. Kanunun yürürlüğe girdiği dönemde cezai sorumluluk 765 sayılı TCK' nın Cürümler başlıklı ikinci kitabının, Şahıslara Karşı Cürümler başlıklı 9.dokuzuncu babının, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Cürümleri başlıklı 4. faslında, 468., 469., 470. ve 472. maddelerde düzenlenmiş iken, bu kanunun 5237 sayılı TCK tarafından ilga edilmesiyle artık gebeliğin sonlandırılmasından kaynaklanan cezai sorumluluk, yeni kanunun Özel Hükümler Başlıklı 2. Kitabının, Kişilere Karşı Suçlar başlıklı 2. kısmının, Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma başlıklı 5. bölümünde hüküm altına alınmış olmaktadır. TCK 99. madde Çocuk Düşürtme suçunu, 100. madde çocuk düşürme suçunu düzenlemektedir. Hekimlerin gebeliğin sonlandırılmasından kaynaklanan sorumlulukları çocuk düşürtme suçu kapsamında ele alınmakta, ancak TCK m.100'e iştirak nedeniyle de sorumluluk da söz konusu olabilmektedir. Yine bazı durumlarda çocuk düşürtme suçunun tipikliği gerçekleşmemekle beraber, fetusun kaybına neden olunması ve annenin zarara uğraması nedeniyle anneye karşı taksirle yaralama (TCK m. 89) ve annenin ölümü durumunda taksirle öldürme (TCK m. 85) suçları da gündeme gelebilmektedir.

Gebeliklerin sonlandırılması nedeniyle sorumluluk yalnızca cezai olmayıp, bu eylem nedeniyle gebe kadın ve yakınlarının zarar görmesi durumunda hukuki sorumluluk da ortaya çıkmakta ve uğranılan maddi ve manevi zararların tazminatla giderimi gerekmektedir.

Hekimin hukuki sorumluluğu ağırlıklı olarak sözleşmesel sorumluluk olarak değerlendirilmekte, hekimlik sözleşmesi de, öğretilde tartışmalı olmakla beraber, en sıklıkla vekalet ilişkine dayandırılmaktadır. Yargıtay'ın görüşünün de bu yönde olduğu görülmektedir.

Vekalet sözleşmesinde hekimden belli bir sonucu garanti etmesi beklenmemekle beraber, her türlü dikkat ve özeni göstermesi beklenmekte, dolayısıyla en hafif kusurundan dahi sorumlu tutulmaktadır. Arada kurulmuş bir sözleşmenin olmadığı durumlarda sorumluluk haksız fiil hükümlerine dayandırılmakta, ancak tıbbi müdahaleler hastanın kişilik haklarına bir saldırı niteliği taşıdığından, her sözleşmeye aykırılığın aynı zamanda bir haksız fiil de teşkil ettiği belirtilmektedir. Ayrıca hekimin bilinci kapalı gelen hastanın hayatını ve sağlığını kurtarmak için bir zorunluluk içinde olduğu durumlarda, ya da anestezi altında olup da zorunlu olarak müdahalenin genişletilmesi gereken hallerde,

hastanın rızası alınmaksızın müdahalede bulunması durumunda vekaletsiz iş görmeden sorumluluk ve müdahalelerde kendisine yardımcı olan kişilerin haksız fiillerinden dolayı kusursuz sorumluluğu da gündeme gelebilmektedir.

Hekimlere, özellikle de yasal düzenlemelerimizle bu konuda yetkili kılınmış kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarına çok sık olarak gebeliğin sonlandırılması talebiyle başvurulmakta, ya da böyle bir talep olmasa bile gebeliğin takibi sırasında, sonlandırmayı gerektirecek durumlar ortaya çıkmaktadır.

Hekimlerin gebelikleri sonlandırırken uymaları gereken tıbbi prensipler onlara tıp eğitimleri ve devamında uzmanlık eğitimleri sırasında verilmekte ve bu prensiplere uygun hareket etmeleri beklenmektedir. Ancak hem hastaya zarar vermemek ve hem de hukuken sorumlu tutulmamak için sadece tıp bilimine uygun hareket etmek yeterli olmamaktadır. Hekimlerin bu konudaki yasal düzenlemeleri bilmeleri ve ona uygun hareket etmeleri hem hastalarına zarar vermemeleri, hem de kendilerini hukuki ve cezai anlamda sorumlu duruma düşürmemeleri açısından büyük önem taşımaktadır.

Gebeliklerin hukuka uygun şekilde sonlandırılabilmesi için uyulması gereken kurallar 2827 sayılı NPHK ve RTSHYDİT'te yer almakla beraber, TŞSTİDK, TDN, HHY gibi düzenlemelere aykırı hareket edildiğinde de eylem hukuka aykırı nitelik taşıyabilmektedir.

İfade edildiği gibi, gebeliklerin hukuka uygun şekilde sonlandırılma esasları 2827 sayılı NPHK ve buna dayanılarak çıkarılan RTSHYDİT'te düzenlenmiş olup, buna göre, on haftaya kadar sadece kadının gebeliğinin devamını istememesi ve buna rıza göstermesi yeterli olmakta, müdahale kadının sağlığı açısından risk taşııyorsa, kanunun yetki tanıdığı hekimler tarafından gerçekleştirildiğinde, gebelik hukuka uygun şekilde sonlanmış olmaktadır. Bu bağlamda üzerinde durulması gereken hususlar, gebelik süresinin on haftayı aşmamış olması, müdahalenin gebe kadının sağlığı açısından risk taşıınaması, gebe kadının, ayrıca gerekliyse Tüzük'te öngörölmüş yasal temsilcilerin ve tartışmalı olmakla beraber, eşin rıza göstermiş olması, rızanın uygun ve yeterli şekilde aydınlatıldıktan sonra verilmiş olması, Tüzük'te öngörölen izin belgelerinin usulüne uygun olarak doldurulmuş ve imzalanmış olması, müdahalenin kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bakanlık kurslarında yetki belgesi almış bir hekim tarafından, özel sağlık kuruluşunda gebelik sonlandırılmaz. Bu hekimlerin yetkisi kamu hastanelerine sınırlandırılmış olduğundan, orada yaptıkları müdahale sonucu bir zarar ortaya çıkması,

idarenin hizmet kusuru olarak değerlendirilebilecek olsa da, konumuz olan özel hukuk sorumluluğu ile ilişkili olarak, bu hekimlerin özel sağlık kuruluşlarında gerçekleştirdikleri tüm gebelik sonlandırma müdahaleleri hukuka aykırı olacaktır. Müdahalenin gerçekleştirildiği ortamda Tüzük'te sayılmış ekipman vb. nin bulunması gerekmekte ve elbette ki müdahalenin tıp biliminin kurallarına uygun, dikkat ve özenle gerçekleştirilmesi ve devamında da aynı özenle takip edilmesi gerekmektedir.

Ancak bazı durumlarda kadının özgürce karar verebileceği on haftalık sürenin ötesinde de, bir gebeliğin devamı anne organizması üzerinde oluşturduğu yükler ve zararlı etkiler nedeniyle bazen annenin yaşamını ve sağlığını tehlikeye sokabilmekte ve bu yüzden de sonlandırılması tıbbi bir zorunluluk teşkil eder hale gelmektedir. Bu durumlarda da gebelik gerekçelendirmek ve kanunda belirtilen koşullara uymak kaydıyla hukuka uygun şekilde sonlandırılabilir. Her ne kadar ceninin yaşamı korunmaktaysa da annenin yaşamı ve sağlığı söz konusu olduğunda bu koruma geri plana düşmekte ve öncelikli olarak annenin kurtarılması ve korunması yoluna gidilmektedir. Bu durum kanunumuzda 'annenin hayatını tehdit eden veya edecek hal' olarak ifade edilmektedir (NPHK m.5). Annenin hayatını ve sağlığını tehdit eden durumlar RTSHYDİT'e ekli (2) sayılı listede yer almakta, ayrıca Tüzük'ün 8. maddesinde, acil olarak gebeliğin sonlandırılmasını gerektiren, düşük ve düşük tehdidi tabloları sayılmaktadır. Önceden de söz konusu edildiği gibi, hekimin (2) sayılı listeye birebir bağlı kalması ve listede yer alan her durumu mutlak bir sonlandırma endikasyonu olarak değerlendirmesi, iyi bir takiple sorunsuzca doğuma kadar gidebilecek bir gebeliğin boşuna sonlandırılmasına yol açabilir. Hekim her somut olguyu büyük bir özenle ele almalı ve ilgili branş hekimleriyle yaptığı değerlendirme neticesi, annenin sağlığı açısından gebeliğin sonlandırılmasının mutlaka gerekli olduğuna kanaat getirirse bu yönde karar vermelidir. Yine ifade ettiğimiz gibi, eğer annenin sağlığı fetusun viabilite kazanmasına kadar beklemeye elveriyorsa, fetusun da gözden çıkarılmaması, hem anne hem fetus göz önüne alınarak optimum zamanlamanın yapılması gerekmektedir. On haftadan küçük gebeliklerde olduğu gibi annenin müdahaleye rızası mutlaka aranmakta ve müdahalenin genel özellikleri, riskleri ve sonuçları konusunda yapılan aydınlatmanın yanı sıra, özellikle gebeliğin sonlandırılmasını gerektiren nedenler ve sonlandırma yapılmadığı takdirde ortaya çıkabilecek sonuçlar konusunda da annenin aydınlatılması gerekmektedir. Müdahale yalnızca kadın hastalıkları ve doğum uzmanı

tarafından yapılacak ve müdahalenin gerçekleştirildiği ortamın tüzükte öngörülen koşulları haiz olması da aranacaktır.

Bazı durumlarda ise ceninde ağır bir anomali ve hastalığın varlığı söz konusu olmaktadır. Annenin yaşamı ve sağlığı açısından tehlike oluşturmasa bile eğer durum ‘doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacaksa’ (NPHK m. 5), yine gerekçelendirmek ve öngörülen koşullarda gerçekleştirilmek suretiyle, on haftayı aşmış gebeliklerin hukuka uygun şekilde sona erdirilebilmesine izin verilmektedir. Bu durumlar da Tüzük’e ekli (2) sayılı listede yer almakta olup, önceden de belirtildiği gibi, kadın hastalıkları ve doğum uygulamasında en problemliler durumlardan birini oluşturmaktadır. Listede yer alan endikasyonlardan bazıları, örneğin ‘sakat çocuk doğurma ihtimali yüksek diğer herediter hastalıklar’ gibi, tamamen belirsiz ve farklı yorumlara açık özellik taşımaktadır. Böyle düzenlemeler en ufak bir anomalide gebeliğin sonlandırılmasını sağlayacak şekilde geniş yorumlanabileceği gibi, tam tersi yaklaşımla, gebeliğin sonlandırılması gereken pek çok ağır anomalinin bu listede yer almamasından ötürü, özellikle cezai sorumluluk korkusuyla sonlandırma kararı verilememesi ve bu kez de gebe kadının özürsüz çocuğun doğumu nedeniyle tazminat talep etmesi gibi ikilemler ortaya çıkmaktadır.

Perinatoloji ve genetik alanında günümüzde geline seviye ve doğum öncesi tanısı konabilen hastalık ve anomaliler dikkate alınarak bu listenin ciddi bir revizyon gerektirdiği, ayrıca hangi tür anomalilerin hangi haftaya kadar sonlandırılabilirliği konusunda da kriterler koyan düzenlemelerin eklenmesi gerektiği ortadadır. Bazı ülkelerde görüldüğü gibi, anomalili çocuk sahibi olmanın annenin ruh sağlığı üzerinde göstereceği olumsuz etkilerden hareketle psikolojik endikasyonların altında düzenlenmesi de bir çözüm yolu olabilecektir. Özellikle viabilite sınırını aşmış gebeliklerin sonlandırılmasında, kararın yalnız hekimlere bırakılması onlara taşıyamayacakları kadar büyük bir sorumluluk yüklemektedir. Böyle durumlarda kararın, hekimler, hukukçular, etik bilimciler, hatta ilahiyatçıların da yer alacağı etik kurullar tarafından verilmesi, bazı durumlarda gebe kadının da karar verme sürecinde dinlenebilmesi makul bir çözüm gibi görünmektedir. Kadının sürece katılımı, onun gebeliğini sonlandırmak üzere, hayatını riske atacak ve cezai sorumluluk alacak şekilde başka yollara sapmasını da bir ölçüde engelleyebilecektir.

Fetal anomali nedeniyle yapılacak on hafta üzeri sonlandırmalar da, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından ve Tüzük'te öngörülen koşulları haiz ortamlarda yapılmalı, gebelik haftasına göre, annenin sağlığını en az riske sokacak yöntem tercih edilmelidir.

Hekim gebeliğin sonlandırma kararındaki tanı hatalarının yanı sıra, yapılan müdahale neticesi annenin zarar görmesi ve ölümü halinde de, kusuru varsa sorumlu tutulabilecektir.

Hekimin sorumlu tutularak tazminat ödeme durumunda kalması için bir hukuka aykırılığın, gebeliğin sonlanması nedeniyle kadında ortaya çıkmış maddi ve/veya manevi bir zararın, hekimin bu zarara yol açan kusurlu bir hareketinin, ve hukuka aykırı kusurlu hareketin kadındaki zarara yol açmış olması, yani nedensellik bağının varlığı ve ispatlanması gerekmektedir.

Özel hukuk yargılamasında kural olarak taraflar kendi iddialarını ispatla yükümlü olsalar da (TMK m.6), tıbbi müdahalelerden kaynaklanan davalarda, hekimlik sözleşmesine dayanıldığı takdirde, borçlu durumunda olan hekimin kendi kusursuzluğunu ispat etmesi gerekmekte (TBK m.112), ayrıca hastanın tıp bilimine vakıf olmaması ve tutulmuş kayıtların da sıklıkla hekimin elinde olması nedeniyle zayıf durumda olduğu kabul edilerek, hekimden kendi kusursuzluğunu ispat etmesi beklenmektedir. Nedensellik bağıyla ilişkili olarak da hastaya ilk görünüş ispatı gibi kolaylıklar getirilmiş bulunmaktadır.

Zarar gören kadın ya da yakınları tarafından bir tazminat davası açılarak hekimin sorumluluğuna gidildiğinde, kusursuzluğunu ispat için hekimin en önemli yardımcısı, düzgün ve eksiksiz olarak tutmuş ve saklanmış tıbbi belgeler ve kayıtlar olmaktadır. Hekime ispat açısından getireceği kolaylıkların yanı sıra bu belgelerin tutulmuş olması hastanın yasal düzenlemelerle de teminat altına alınmış bir hakkı olduğundan, ayrıca önem taşımakta ve sadece bu kayıtların mevcut olmaması bile, hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan bir edimin ihlali olarak görülmekte ve tek başına bile dava edilebilir olduğu kabul edilmektedir.

Tüm kayıtlar çok önemli olmakla beraber, gebeliklerin sonlandırılmasına yönelik olarak kanaatimizce gebeliğin mevcudiyetinin, gebelik süresinin, sonlandırma öncesi fetusun canlı olup olmadığının, anneden ve/veya fetustan kaynaklanan sonlandırma endikasyonunun, ve gebe kadının müdahale konusunda aydınlatılmış ve bunu takiben rıza vermiş olduğunun ispatı ayrıca önem taşımaktadır.

Cezai sorumluluk bağlamında, gebeliklerin NPHK'da öngörülen düzenlemelere aykırı şekilde sonlandırılması durumunda TCK m. 99'da düzenlenmiş olan çocuk düşürtme suçu söz konusu olmaktadır. Kadının vücut dokunulmazlığı, beden bütünlüğü ve sağlığının suçla korunan hukuki değerlerden biri olması nedeniyle, kadının rızası olmaksızın gebeliğinin sonlandırılması, gebelik süresi ne olursa olsun, suç olarak kabul edilmekte (TCKm. 99/1) ve fail için beş yıldan on yıla kadar hapis cezası öngörülmüş bulunmaktadır.

Madde metninde aranan kadının kendi rızası olmakla ve başka bir kişinin rızası aranmamakla beraber, kadının küçük ve kısıtlı olup, üzerinde gerçekleştirilecek müdahalenin anlam ve sonuçlarını algılayamayacak ve geçerli bir rıza veremeyecek olması durumunda, NPHK hükümlerine dayanarak, yasal temsilcilerin rızası ve gerektiğinde ilaveten hakimin izniyle gebelik sonlandırılabilir. Ancak kadının, kendi durumunu ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olduğu tüm hallerde mutlaka rızasızın olması ve olayın bir tıbbi müdahale olması nedeniyle de aydınlatıldıktan sonra verilmiş olması gerekmektedir.

Kadının rızası olmaksızın gebeliğinin sonlandırılması, tüm gebelik boyunca suç teşkil etmekle beraber, gebelik süresi on haftayı aştıktan sonra kadının rızası tek başına, eylemi hukuka uygun hale getirmek için yeterli olmamakta ve TCK m.99/2 uyarınca, gebeliğin sonlandırılmasını haklı kılan bir tıbbi zorunluluk aranmaktadır. Tıbbi bir zorunluluk olmaksızın on haftayı aşmış gebeliğin sonlandırılması annenin rızası olsa dahi çocuk düşürtme suçunu oluşturmakta, ayrıca rıza gösteren anne de fail olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu düzenlemenin temelinde annenin sağlığının yanı sıra ceninin hayatının da bir hukuki değer olarak korunması yatmaktadır.

Zorunluluk halinde on haftayı aşmış gebeliklerin, annenin hayatını ve sağlığını kurtarmak üzere sonlandırılmasına izin verilmekle beraber annenin rızası bu durumda da aranmaktadır. Zorunluluk oluşturan haller NPHK 5. maddesinde de 'annenin hayatını tehdit eden veya edecek durumlar' olarak tanımlanmaktadır. Özellikle bu kanuna dayanarak çıkarılan RTSHYDİT'de 8. maddede sayılan acil durumlar zorunluluk hali oluşturabileceği gibi, tıbben zorunluluğun olduğuna karar verilen diğer durumlarda da gebelik sonlandırılabilir. Bu durumlar da Tüzük'e ekli (2) sayılı listede yer almakta ve dolayısıyla kanundan kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni de oluşturmaktadırlar. Ancak önceden de söz edildiği gibi, listede yer alan durumların zorunluluk yaratıp yaratmadığının her somut olayda değerlendirilmesi gerekmekte olup, birebir listeye bağlı

kalındığında, zorunluluk hali ortaya çıkmasa da gebeliğin sonlandırılması tehlikesi bulunmaktadır. Annenin içindeki bulunduğu hayati tehlikeden kurtarılması için gebeliğin sonlandırılmasının şart olduğu, ancak kadının bilincinin kapalı olması nedeniyle rızasının alınmadığı ayırık hallerde ise kadın doğum uzmanı TCK m. 25/ 2 hükmüne dayanarak gebeliği sonlandırabilecek olsa da, burada ayrıca varsayılan rızanın hukuka uygunluğu sağladığı kabul edilmektedir

Ayrıca anne hayatı ve sağlığı açısından tehlike oluşturmasa bile, NPHK 5. maddesinde söz edilen ‘doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyet’ durumunda da on haftanın üzerinde gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmiş olduğundan, kanunun bu hükmüne dayanarak gebeliğin sonlandırılması durumunda da suç oluşmayacaktır. Gebeliğin sonlandırılmasına izin verilen durumların ne olduğu da RTSHYDİT’e ekli (2) sayılı listede sayılmıştır. Ancak önceden de dile getirildiği gibi, fetal anomaliler konusunda da bu listeye birebir bağlı kalmak yaşayla bağdaşır bazı anomalilerin de sonlandırılmasına yol açabilecektir. Günümüzde listede yer almayan pek çok ağır anomalinin tanısı da doğum öncesi dönemde saptanır hale gelmiştir ve bu listedeki maddelerden hangisine dahil edilebileceği hususunda açıklık bulunmamaktadır. Hangi fetal anomalinin ağır maluliyet oluşturduğu belirlenmemiş olduğundan ‘sakat çocuk doğurma ihtimali yüksek diğer hastalıklar’ (N-Konjenital nedenler kategorisi, 4. madde) maddesi altında sorunlar çözülmeye çalışılmaktaysa da, bu ifade her türlü yoruma açık olduğu için, belirsizlik ve cezai sorumluluk açısından korku yaratmaktadır. Listenin ciddi bir revizyon gerektirdiği, özellikle hangi anomalinin kaçınıcı haftaya kadar sonlandırılabilceğinin, ve viabilite sonrası yapılan sonlandırmalarda canlı doğan fetusa müdahale kriterlerinin belirlenmesi gerekmektedir. Fetal anomalilerin annenin ruh sağlığını olumsuz etkileme potansiyelleri göz önünde tutulduğunda bunların psikolojik endikasyon adı altında değerlendirilmesi şeklindeki düzenlemelerin de makul bir çözüm olabileceği düşünülmektedir.

On haftanın üzerindeki gebeliklerin sonlandırılmasında da gebe kadının rızası aranmaktadır. Kadının rızası olsa bile on haftadan büyük gebelik tıbbi zorunluluk ve NPHK’da izin verilen durumlar olmaksızın sonlandırıldığında, fail yani hekim için iki yıldan dört yıla kadar hapis, rıza gösteren kadın için ise bir yıla kadar hapis ve adli para cezası öngörülmüştür (TCK m. 99/2) Ancak kadının rızası yoksa, tıbbi zorunluluk halinde

bile, TCK m. 99/1 uygulama alanı bulacaktır. TCK m. 99/1’de cezanın daha ağır öngörölmüş olması kadının rızasına verilen önemi de ortaya koymaktadır.

Öğretideki yaygın kabul edilmiş görüşe göre suçun konusu fetus yani cenin olmakla beraber, suçun mağduru olarak, rızası olmaksızın gebeliği sonlandırılan kadın kabul edilmektedir. Fail ise, herhangi bir kişi, dolayısıyla herhangi bir hekim de olabilecektir. Ancak TCK m. 99/5’ te failin yetkili bir kişi olmaması suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş ve on haftanın altındaki gebeliğin yetkili olmayan bir kişi tarafından sonlandırılması halinde iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörölmüş, maddedeki diğer eylemler, yani gebeliğin rıza olmaksızın veya rıza olsa bile on haftanın üzerinde tıbbi zorunluluk bulunmaksızın sonlandırılması ve ayrıca kadının bu eylemlerden zarar görmesi ve ölmesi halinde cezaların yarı oranında arttırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Gebeliği sonlandırmaya kimlerin yetkili olduğu ise NPHK ve RTSHYDİT’de tanımlanmış olup bu yetki gebelik süresi ne olursa olsun kural olarak kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarına verilmiş, ancak RTSHYDİT 3. ve 4. maddeleri ile, sağlık bakanlığınca açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlere, on haftanın altındaki gebelikleri, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde, MR yöntemini kullanarak ve resmi tedavi kurumlarında sonlandırma yetkisi verilmiştir. Bize göre pratisyen hekim olmak minimum gereklilik olup, uygulamada sık karşılaşılsa da başka branştan bir uzman hekimin de böyle bir kursa devam edip yeterlik almasına engel yoktur. Konumuz hekimlerin sorumluluğu olduğuna göre, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olmayan tüm hekimler de, on haftadan küçük gebelikler için tanınmış sözü edilen ayrık yetki haricinde, gebeliği sonlandırdıkları takdirde çocuk düşürtme suçu oluşacak, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları açısından da suç oluşturabilecek diğer hallerde ise, diğer hekimler yönünden suçun nitelikli hali ortaya çıkacaktır.

Suçun oluşabilmesi için öncelikle müdahale edilen kadının gebe olması şarttır. Gebe olmayan bir kadına, gebe olduğu zannedilerek müdahalede bulunulması çocuk düşürtme suçunu değil, koşulları varsa kasten veya taksirle yaralama suçunu oluşturabilecektir. Yine suçun oluşabilmesi için yapılan müdahale öncesinde gebeliğin devam etmekte olması, yani ceninin anne rahminde canlılığını sürdürüyor olması gerekmektedir. Gebelik materyali rahim dışına atılmamış olsa bile, şayet cenin müdahale öncesi anne rahminde ölmüş ise, yapılan müdahale rahimin tahliye edilmesini sağlasa da çocuk düşürtme suçunu oluşturmayacaktır.

Yapılan hareketin gebeliğin sonlanmasına elverişli olması gerekmektedir. Bu nedenle mutlaka rahim içine yönelik kürtaj ya da diğer bir invazif bir işlem olması şart olmayıp, mifepriston, misoporostol, methotrexate gibi herhangi bir farmakolojik ajan kullanarak medikal yoldan da gebeliğin sonlandırılması söz konusu olabilecektir. Tıp dışı ilkel yöntemlere kural olarak hekimler tarafından başvurulmayacağından burada değinmenin anlamı bulunmasa da, tıbben kanıtlanmamış yöntemlerin denenmesi ve annenin zarara uğraması ve ölmesi durumlarında hekimin yaralama ve öldürmeden dolayı sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Müdahale ceninin canlılığına son vermiş ise, gebelik ürününün rahim dışına çıkmış olup olmadığının önemi bulunmamaktadır. Materyal rahim içinde kalmaya devam etse de ceninin canlılığına yani gebeliğin gelişmesine son verilmiş olması suçun oluşması için yeterli olmaktadır. Ancak materyalin rahim içinde bırakılmış olması annenin zarar görme ve ölme olasılığını arttırdığından suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine zemin hazırlayabilecektir. Cenin canlı doğmuş olsa dahi, gerçekleşen müdahalenin etkisiyle sonradan öldüğü takdirde de suç gerçekleşmiş olacaktır.

Suçun manevi unsuru kast olup, taksirle gebeliğin sonlandırılması ya da sonlanmasına yol açılması durumunda bu suç değil, koşulları varsa anneye karşı yaralama suçu oluşabilecektir.

NPHK, on haftaya kadar gebeliklerin sonlandırılmasına, annenin sağlığı açısından risk taşınamaması ve gebe kadının ve/veya diğer ilgililerin rızası olması koşuluyla, başka bir neden aramaksızın izin vermiştir. On haftalık süre kanunla hüküm altına alınmış bir hukuka uygunluk nedeni olmaktadır. Gebe kadının rızası hem TCK m. 99/1 madde metninde düzenlenmiş olması hem de TCK m. 26/2'deki genel hüküm uyarınca, eylemi, NPHK'da öngörülmüş on haftalık süre sona erene kadar hukuka uygun hale getirmekte, ancak bu süre aşıldıktan sonra, eylemin hukuka uygun olması, dolayısıyla suç oluşturmaması için tıbbi bir zorunluluk halinin bulunması da aranmaktadır. Tıbbi zorunluluk durumları NPHK ve RTSHYDİT'teki düzenlemeler ve tıp biliminin esaslarına göre belirlenecek ve gerekçelendirilecektir. Ayrıca NPHK hükmü uyarınca çocuk ve onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak fetal anomali durumlarında da kanunun düzenlemesine dayanarak ve tıp biliminin esaslarına göre gerekçelendirilerek on haftanın üzerindeki gebelikler sonlandırılabilir. Bununla beraber hangi tıbbi nedenle sonlandırılırsa sonlandırılınsın, kadının bilincinin kapalı ve rızasının alınmasının mümkün

olmadığı ayırık durumlar dışında, kadının rızasının mutlaka bulunması gerekmektedir. Rızanın geçerli olması için de müdahalenin riskleri ve sonuçları konusunda gebe kadının aydınlatılmış olması gerekmektedir. Özellikle tıbbi zorunluluk ve fetal anomali nedenleriyle gebelik sonlandırıldığında, müdahalenin risk ve sonuçları konusunda yapılacak aydınlatmanın yanı sıra bu nedenler hakkında da çok detaylı bir aydınlatma gerekmektedir. Gebeliğin suç oluşturmayacak şekilde sonlandırılması için, müdahalenin, NPHK ve RTSHYDİT hükümleri uyarınca, kurs görerek yeterlik kazanmış hekimlere tanınan sınırlı yetki haricinde, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Suç ister gebeliğin kadının rızası olmaksızın sonlandırılması (TCK m. 99/1) ister on haftayı aşmış gebeliğin kadının rızasına dayanarak tıbbi zorunluluk olmaksızın sonlandırılması şeklinde işlenmiş olsun (TCK m. 99/2), kadının beden ve ruh sağlığı bakımından bir zarar oluşması veya ölmesi halinde suçun netice sebebiyle ağırlaşmış halleri ortaya çıkacaktır. Rızası olmaksızın gebeliği sonlandırılan kadının zarara uğraması ya da ölmesi TCK m. 99/3'te düzenlenmiş olup, buna göre kadının zarar görmesi durumunda fail için altı yıldan oniki yıla kadar, ölmesi durumunda on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Kadının rızasına dayanarak, on haftanın üzerindeki bir gebeliğin tıbbi zorunluluk olmaksızın sonlandırılması durumunda, kadın zarar görürse üç yıldan altı yıla kadar, ölmesi halinde dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür (TCK m. 99/4). Kadının rızası olmaması durumunda daha ağır cezaların öngörülmüş olması rızaya verilen önemi ortaya koymaktadır.

Gebeliğin yetkisiz hekim tarafından sonlandırılması ise yukarıda değinildiği gibi suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturmaktadır (TCK m. 99/5).

NPHK'da bu yönde bir düzenlenme yer almamış olmakla beraber, 5237 sayılı TCK ile getirilmiş bir cezasızlık nedeni öngörülmüş bulunmaktadır. Buna göre, bir kadın cinsel saldırı (TCK m. 102), çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103) ve reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m. 104) suçları sonucu ya da rızası olmaksızın gebe kalmasını sağlayan örneğin suni dölleme gibi bir kasten yaralama suçu sonucu gebe kaldığı takdirde, kadının rızası olması ve müdahalenin uzman hekimler tarafından, ki kanaatimizce bundan da kadın hastalıkları ve doğum uzmanının anlaşılması gerekmektedir, hastane ortamında gerçekleştirilmesi koşuluyla 20 haftaya kadar gebeliğin sonlandırılması durumunda, sonlandıran hekim cezalandırılmamaktadır (TCK m. 99/6). Ancak kanunda gebeliğin suç

sonucu oluştuğuna nasıl karar verileceği konusunda bir dzenleme bulunmamaktadır. Kadının on haftalık sfire iinde gebeliğini herhangi bir nedenle sonlandıramamış olması veya sonradan gebeliğin devamından vazgeçmiş olması halinde gebeliğin suç sonucu oluştuğu iddiasıyla hekime başvurması olasıdır. Hekimin iddianın doğruluğunu araştırmayıp kadının beyanına dayanarak gebeliği sonlandırması şeklindeki uygulamalar, dzenlemenin suiistimal edilmesi ve istenmeyen her gebeliğin keyfi şekilde sonlandırılması gibi sakıncalar iermektedir. Bu konuda aık dzenlemeler yapılması gerektiği belirtilmekte, halihazırda ise hekimin aılmış bir davanın olup olmadığını veya savcılıktan durumu araştırarak en azından aılmış bir soruşturmanın olup olmadığını ve savcılığın kanaatini öğrenmesi önerilmektedir.

Çocuk dūřürtme teşebbüse elverişli bir suçtur. Ceninin canlılığına son verilmesi ile suç tamamlanmaktadır. Herhangi bir nedenle bu neticeye ulaşılamadığı takdirde, suç teşebbüs aşamasında kalmaktadır. Örneđin gebe kadın müdahale masasına alınmış olmakla beraber, çeşitli tıbbi nedenlerle suç oluşturacak işlemin gerçekteşirilememiş olması durumunda suç teşebbüs aşamasında kalmış olmaktadır.

Suçun tamamlanması için ceninin ölümü arandığından, gebelik tahliye edilmiş ama ceninin viabilite kazanmış olması nedeniyle canlı doğmuş olduğu durumlarda da, annenin gebeliği sona ermiş olmakla beraber suç tamamlanmamış olduğu için teşebbüs aşamasında kalmış olduğundan söz edilmektedir. Çocuk bu müdahale nedeniyle sonradan öldüğu takdirde ise suç tamamlanmış olacaktır. Teşebbüs durumunda verilecek ceza, TCK m.35 uyarınca dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilmektedir.

Suçta iştirakin her şekli mümkün olmakla beraber m. 99/2 ile TCK m.100'de dzenlenmiş olan çocuk dūřürme suçuna iştirak durumunun ayrımı önemlidir. TCK m. 100'de kadının on haftadan büyük gebeliğini kendisinin sonlandırması suç olarak dzenlenmiştir. TCK m. 99/2'de ise gebe kadının rızası ile on haftadan büyük gebeliğin sonlandırılması halinde, gebeliği sonlandıran fail, yani hekimin yanı sıra rıza gösteren kadın da ayrıca fail olarak ele alınmış ve onun için de bir yıla kadar hapis veya para cezası öngörölmüştür. Kadının rızasına dayanarak hekim gebeliği kendi sonlandırdığı takdirde m.99/2'den dolayı sorumlu olacak iken gebeliğini sonlandırmaya yönelik hareket gebe kadın tarafından gerçekteşirildiği takdirde, hekim ona yardımcı olmuş ise m.100'e iştiraktan sorumlu olacaktır. Gebeliđi sonlandırmaya yönelik kürtaj ya da diğer invazif girişimlerde hekimin m.99/ 2 uyarınca sorumluluğuna gidilecek olmakla beraber, mülga

765 sayılı TCK m.469 benzeri bir hükmün 5237 sayılı TCK'da yer almaması nedeniyle, kadına gebeliği sonlandırmaya yönelik medikal yöntemler konusunda yol gösterilmesi ve reçete yazılması ya da ilaçların tedarik edilmesi durumunda hangi madde kapsamında değerlendirileceği kanaatimizce çok açık değildir.

Hekime, rızası olmaksızın bir kadının gebeliğinin sonlandırılması ya da kadının rızası olsa bile on haftadan büyük bir gebeliğin sonlandırılması konusunda yardım eden diğer hekimler ve sağlık mesleği mensupları iştiraktan sorumlu olacaklardır. Bu kişilerin iştiraktan sorumlu tutulmaları için, gebeliğin hukuka aykırı şekilde sonlandırıldığı konusunda bilgi sahibi olmaları aranmaktadır. İştirak hekime müdahale sırasında fiilen yardımcı olmak şeklinde olabileceği gibi, başka bir hekime yönlendirme şeklinde de ortaya çıkabilecektir.

Çocuk düşürtme, resen takip edilen suçlardandır. Soruşturma ve kovuşturmayla yetkili yargı mercii, çocuk düşürtme suçunun işlendiği yer Cumhuriyet Başsavcılığı ve Mahkemesidir. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 14. maddesine göre, TCK'nın 99. maddesinin 1. fıkrası, 2.fıkranın birinci cümlesi, ve 4. fıkrası bakımından Asliye Ceza Mahkemesi, 2. fıkrasının ikinci cümlesi bakımından, Sulh Ceza Mahkemesi, 3. ve 5. fıkraları bakımından ise Ağır Ceza Mahkemesi görevli olmaktadır.

Devlet memuru olan bir hekimin bu suçu görevi nedeniyle işlemesi halinde ise 4483 sayılı MvDKGYHK hükümleri gereğince bağlı bulunduğu kurum tarafından yargılama izni verilmesi gerekmektedir. Ancak 3. ve 5. fıkarda düzenlenen hallerin ağır cezayı gerektirmesi nedeniyle bu fıkralardaki fiillerin suçüstü işlenmiş olması durumunda 4483 sayılı kanun hükümleri uygulamaksızın savcı doğrudan soruşturmayı başlatabilecektir. Hekimin kamu görevlisi olmaması halinde suç herhangi bir dava şartı aranmaksızın resen soruşturulacak ve kovuşturulacaktır.

Ceza yargılamasında, hukuk yargılamasından farklı olarak, yalnızca çekişmeli vakıaların değil, hakim kararını etkileyecek bütün önemli vakıaların ispat edilmesi gerekmekte, tüm araç ve metodlarla maddi gerçeğe ulaşılması amaçlanmaktadır. Bu nedenle tarafların ispat külfeti bulunmadığı gibi, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için, tarafların sundukları ispat araçları da hakimi /mahkemeyi bağlamamaktadır.

Ceza yargılamasında, serbest delil ve ispat sistemi geçerli olup, delil serbestliği ilkesi uyarınca her şey delil olabilmekle beraber, hakim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve

tartışılmış delillere dayandırabilmekte, bunların ispat özelliklerini vicdani kanaatine göre serbestçe takdir etmektedir. Bununla beraber hakimden yalnızca hukuk bilgisi ve günlük yaşam tecrübelerine dayanarak özel bilgi gerektiren tıbbi konularda bir kanaate varması beklenemeyeceğinden, sıklıkla, hatta hemen her olguda, bilirkişiden görüş alınması da gerekmektedir.

Her ne kadar şüpheli ve sanık durumunda olan hekimlerin suçsuzluklarını ispat etmek üzere delil toplama ve sunma gibi bir zorunlulukları yoksa da, tıbbi kayıtlarının eksiksiz ve doğru tutulmuş ve delil olarak sunulmuş olması, ayrıca sürece ilişkin, savcı ve mahkemeden getirilmesini isteyecekleri delilleri belirlemeleri büyük önem taşımaktadır. Zira hakim ve savcı tıp biliminin dışındaki kişiler olarak hangi delilleri araştıracağını tam olarak bilemeyeceği gibi, bilirkişilerin de maddi gerçeğe ulaşmak gibi bir gayret yerine önlerine gelen materyal ile yetinerek rapor düzenlemeleri olasılığı göz önüne alındığında hekimin müdafiiini de tıbbi yaklaşım açısından doğru bilgilendirerek, gerekirse uzman görüşü alarak savunma sürecinde aktif rol alması gerekmektedir.

Gerek gebelikleri sonlandırırken ilerde sorumluluk altına girmemek için, gerek herhangi bir soruşturma ve kovuşturma süreci ortaya çıktığında ispat açısından kolaylık sağlamak üzere, en çok üzerinde durulması gereken hususlar, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olmayan hekimlerin müdahalede bulunmaması, gebe kadının rızası olmaksızın müdahalede bulunulmaması, bir tıbbi müdahale olması nedeniyle öncesinde mutlaka aydınlatılmanın yapılmış olması ve rızanın ondan sonra alınmış olması, rıza alınırken yasal düzenlemelerde öngörölmüş usullere uygun hareket edilmesi, buna yönelik tüm belgelerin yazılı şekilde kayıt altına alınıp saklanması, gebelik süresinin ultrasonografi gibi güvenilir tıbbi yöntemlerle kesin olarak ortaya konmuş olması, süre on haftayı aşmış olduğu durumlarda tıbbi zorunluluk ya da kanunda izin verilen hallerin yokluğunda müdahaleye girişilmemesi, on haftayı aşmış gebeliklerde anne açısından sonlandırmayı gerektiren bir zorunluluk ya da NPHK'da öngörölen fetal anomali durumları varsa, çok detaylı değerlendirilip, somut olguda mutlak sonlandırma gerektirdiğine kanaat getirilirse eksiksiz şekilde gerekçelendirilmesi ve buna yönelik tüm görüntüleme, laboratuvar sonuçları, konsültasyon raporlarının vb. saklanması, suç sonucu gebe kaldığı iddiasıyla başvuran on haftayı aşmış gebelerde, durumun savcılıktan ya da mahkemeden sorularak kontrol edilmesi ve yalnızca kadının beyanına dayanarak müdahalede bulunulmaması, 20 haftayı aştığı takdirde gebeliğin sonlandırılmaması, savcılıktan veya mahkemeden gelen yazıların

saklanması, ve elbette ki tüm tıbbi müdahalelerde olduğu tıbbın kurallarına uygun dikkatli ve özenli bir müdahalede bulunulması ve buna ilişkin kayıtların eksiksiz tutulması ve saklanması gerekmektedir.

TCK m.99/1'e göre, rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası, m.99/2'ye göre ise, gebe kadının rızası olsa bile süresi on haftayı geçen gebeliklerde tıbbi bir zorunluluk bulunmamasına rağmen çocuğu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis ile cezalandırılacaktır. Bu cezalar yalnızca gebeliği sonlandırma yetkisi bulunan kişilere, yani TCK m. 99/1 bağlamında kadın doğum uzmanları ve kurs sonucu yeterlik belgesi almış hekimlere, TCK m. 99/2 bağlamında yalnızca kadın doğum uzmanlarına uygulanacaktır. On haftaya kadar olan gebeliği kadının rızasıyla sonlandıran yetkili hekim suç işlemeyecek iken, yetkisiz hekim on haftanın altında gebeliği kadının rızasıyla sonlandırdığı takdirde, m. 99/5 hükmü uyarınca iki yıldan dört yıla kadar hapis ile cezalandırılacak, ancak kadının rızası olmadığı takdirde, m. 99/1'de kadın doğum uzmanı için öngörülmüş olan beş yıldan on yıla kadar ceza yarı oranında arttırılacak, kadının rızası olsa dahi gebelik süresi on haftayı aşmış ise, m. 99/2'de kadın doğum uzmanı için öngörülen iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası, yarı oranında arttırılacaktır. TCK m. 99/3 uyarınca, rızası olmaksızın bir kadının gebeliğini sonlandıran kadın doğum uzmanı, kadının beden veya ruh sağlığı yönünden bir zarara uğraması durumunda altı yıldan on iki yıla kadar, ölmesi durumunda on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis ile cezalandırılacak iken, aynı fiil yetkisiz bir hekim tarafından işlendiği takdirde bu cezalar yarı oranında arttırılacaktır. TCK m. 99/4 uyarınca, gebe kadının rızasına dayanarak, tıbbi bir zorunluluk olmadan gebeliği sonlandıran kadın doğumu uzmanı, kadının beden veya ruh sağlığının zarara uğraması durumunda üç yıldan altı yıla kadar, ölmesi durumunda dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ile cezalandırılacak iken, aynı fiil yetkisiz hekim tarafından işlendiği takdirde bu cezalar yarı oranında arttırılacaktır.

Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebelik kadın doğum uzmanı tarafından hastane ortamında sona erdirildiğinde ceza öngörülmemiş iken, eylem yetkisiz bir hekim tarafından işlendiği takdirde TCK m. 99/2'de kadın doğum uzmanı için öngörülmüş olan iki yıldan dört yıla kadar ceza, yarı oranında arttırılarak uygulanacaktır.

Suçun kasti bir suç olması nedeniyle hak yoksunlukları ve ayrıca yetkinin kötüye kullanılmasıyla işlendiği için cezanın infazını takiben yarısından bir kat süreye kadar mesleğin icrasının yasaklanması da söz konusu olabilecektir.

Doğrudan hekimin sorumluluğunu oluşturmaya da TCK m.100'de çocuk düşürme suçu ile annenin on haftayı aşmış gebeliğini kendisinin sonlandırması suç olarak düzenlenmiştir. Hekimler açısından özellikle önem taşıyan husus bu suça iştirak durumu olmaktadır. Hekimler gebeliği on haftayı aşmış bir kadını düşük yapmaya azmettirdikleri, teşvik ettikleri, düşüğü sağlayacak vasıtaları temin ettikleri takdirde m.100'e iştiraktan sorumlu tutulabileceklerdir.

Ülkemizde gebeliğin sonlandırılmasına yönelik yasal düzenlemeler gözden geçirildiğinde, gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılmasına izin verilen on haftalık sürenin, bir kadının gebe olduğundan şüphelenmesi ve hekime başvurması için yeterli olduğunu, birçok Avrupa ülkesindeki düzenlemelerde yer alan gebelik öncesi danışmanlık alınması ve bekleme süresi zorunluluğunun olmayışının da hem hekimlere uygulamalarında kolaylık hem de kadınlara zaman kazandırdığı düşünmekteyiz. İsteğe bağlı gebelik sonlandırmalarında eşin rızasının aranmasının kadının bedeni üzerindeki tasarruf hakkına bir sınırlama niteliğinde olduğu düşünülse de, TCK'nın gebeliğin sonlandırılmasında yalnızca kadının rızasını aramış olması nedeniyle, eşin rızasının olmayışı cezai sorumluluğa yol açmadığı gibi, NPHK'nın bu konuda yaptırım içeren hükümleri de ilga edilmiştir. Ancak bu düzenlemenin hala kanunun 6.maddesinde yer alması hekimlerin aklını karıştırmakta, sorumluluk endişesi yaratmakta ve kadınların hizmetten yararlanmasında engeller oluşturmaktadır.

Yasal olarak gebeliğin sonlandırılmasına izin verilen, annenin hayatını ve sağlığını tehdit edecek durumların varlığı, Tüzük'te sayılı endikasyonların her somut olguda tıp biliminin esaslarına göre değerlendirilmesiyle belirleneceğinden ve iki hekim tarafından gerekçelendirilmiş olması dışında bir koşul da aranmamış olduğundan, annenin sağlığı açısından tehlike oluşturan bir durumda gebeliğin sonlandırılabilmesi yönünde hekimlerin kolayca karar verip hareket etmesine engel oluşturan bir durumun olmadığı görülmektedir. Bununla beraber suiistimale de açık bir düzenleme olması nedeniyle hassas ve özenli davranılması gerekmektedir.

Yasal düzenlemelerde, çocukta ağır maluliyet durumuna yönelik net bir tanımın olmadığı, endikasyonları içeren Tüzüğe ekli 2 sayılı listenin revize edilmesi ve hangi

anomaliilerin kaçıncı haftaya kadar sonlandırılabilereği konusunda belirlemelerin yapılması gerekmektedir.

Suç sonucu oluştuğu iddia edilen gebelikler karşısında hekimin nasıl davranması gerektiği de uygulamada sorun oluşturmaktadır. Öğretide de kanun hükmüne hakim ya da savcı müdahalesini sağlayan yeni düzenlemelerin dahil edilmesi ve hızlı bir yargılama süreci geliştirilmesi önerilmektedir. Ancak mevcut uygulamadaki boşluklar nedeniyle, suç sonucu oluşan gebelik iddialarına çok dikkatli yaklaşılması, tek başına kadının beyanına itibar edilmemesi, en azından durumla ilgili savcılık veya mahkemeden bir yazı alınarak, hekimin kendine kısmen bir güvence sağlaması uygun olacaktır.

Sonuç olarak ölkemizdeki yasal düzenlemeler, fetal anomalilere dayanarak yapılacak sonlandırmalar yönünden belirsizlik ve gebeliğin suç sonucu oluştuğuna nasıl karar verileceği konusundaki boşluk dışında, ne uygulayıcı konumundaki hekimler ne de hizmetten yararlanan hastalar açısından belirgin zorluk ve tutarsızlıklar taşımadığı gibi, yine anılan sorunlar dışında, kişilerde, ceninlerin hayatına gelişigüzel son verildiği şeklinde etik ve vicdani rahatsızlıklar oluşturacak esneklikler de içermemektedir. Hizmetten yeterince yararlanılamaması ise, hizmetin sağlanmasıdaki veya hizmete ulaşılmasıdaki engellemelerden kaynaklanmaktadır.

Hekimler hastalarının haklarını ihlal etmemek ve kendilerini sorumluluktan korumak için, yaptıkları müdahalelerin arkasındaki yasal düzenlemeleri bilmek zorundadırlar. Ayrıca gebeliklerin sonlandırılmasının hukuken bir cinayet olmadığını, bu konuda bunca düzenleme getirilmiş olmasının temelinde yatan en önemli nedenlerden birinin zaten ceninin haklarının korunması olduğunu, buna karşılık annenin kendi vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf ve geleceğini belirleme hakkının da göz ardı edilemeyeceğini, gebeliklerin sonlandırılmasının pek çok durumda tıbbın bir gerekliliği, dolayısıyla bir tür tedavi olduğunu ve yasal düzenlemelerin sınırları içinde olmak koşuluyla, hukukun ve tıbbın cevaz verdiği eylemlerde bulunmanın bir olumsuzluk taşımadığını ve sorumluluk getirmeyeceğini bilerek ve bu bilgiye dayanarak hareket etmelidirler. Yetkileri olmayan müdahalelere girişmemeli, gebelik süresi ve sonlandırmayı gerektirecek zorunluluk ve endikasyonları belirlerken çok hassas davranmalı, kararlarını gerekelendirmeli, hastayı aydınlatmayı ve uygun şekilde rızasını almayı asla ihmal etmemeli, elbette tıbbın kurallarına uygun davranmalı ve yaptıklarını kaydetmeyi ve saklamayı unutmamalıdırlar.

KAYNAKLAR

KİTAPLAR

AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, 22.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.

ARTUÇ, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2008.

AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara, 1993.

AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, No:102, Ankara, 1991.

BAŞÖZEN, Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1972.

BRENNER, Paul F / MISHELL, Daniel R, Doğum Kontrolü: Kontrasepsiyon, Sterilizasyon ve Gebeliğin Sonlandırılması, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, Ed: SCOTT, James R/ DiSAIA Philip J / HAMMOND, Charles B / SPELLACY, William N., 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, Çeviri Ed.: EREZ, Selçuk, Yüce Yayınları, İstanbul, Ağustos 1992.

BÜYÜKAY, Yusuf, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, Vedat Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2006.

CALLEN, Peter W, Obstetrikte Ultrason İncelemesi, Callen Obstetrik ve Jinekolojide Ultrasonografi, W.B.Sounders Company, 1997, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Kitapçılık, 3.Baskı, Ankara, 1997.

CENTEL, Nur / ZAFER / Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayıncılık, 7.Bası, İstanbul, Kasım 2011.

ÇAKMUT, Özlem, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Mersin Barosu Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Ankara, 2009.

ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2003.

ÇAKMUT, Özlem, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri, Cilt 1, İstanbul, 2007.

ÇALI, Şanda, Nüfus ve Nüfus Sorunları, Aile Planlamasında Temel Bilgiler, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul, 1997.

ÇETİN, Gürsel, Tıbbi Malpraktis, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Ed: ÇETİN, Gürsel/ YORULMAZ, Coşkun, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi, Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi 48, İstanbul, Şubat 2006.

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

ÇOKAR, Muhtar, Kürtaj, Babil Yayınları, İstanbul, 2008.

DEMİR, Mehmet, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008.

DEPP, Richard, Fetal Durumun Klinik Değerlendirmesi, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, Ed.: SCOTT, James R / DiSAIA Philip J / HAMMOND, Charles B / SPELLACY, William N., 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, Çeviri Ed.: EREZ, Selçuk, Yüce Yayınları, İstanbul, Ağustos 1992.

DERYAL, Yahya, Türk Hukukunda Bilirkişilik, Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, Ankara 2004.

DETTMEYER, Reinhard, Schwangerschaftsabbruch, Medizin und Recht, Rectliche Sicherheit für den Arzt, 2. Baskı, Springer Medizin Verlag, Heidelberg, 2006.

DOĞAN, Murat, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Mersin Barosu Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Ankara, 2009.

DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 11.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.

ERCAN, İsmail, Avukatlar ve Hakimler İçin Medeni Usul Hukuku (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Yasasına Göre), XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2011.

ERMAN, Barış, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2003.

EVANS, Mark/ JOHNSON, Mark, Fetal Redüksiyon, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed: QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara, 1998.

FLEISCHER, Arthur/ KEPPLER, Donna, Erken İntrauterin Gebeliğin Transvaginal Sonografisi, Obstetrik ve Jinekolojide Sonografi, Prensipler ve Klinik Uygulamalar, 5. Baskı, Ed: FLEISCHER/MANNING/JEANTY/ROMERO, Simon & Schuster, 1996, Çeviri Ed: YÜKSEL, Atıl, Ulusal Tıp Kitabevi, İstanbul, 2000.

FLOOD, Jill T/ HODGEN, Gary D, Fertilizasyon, İmplantasyon ve İnsan Gelişiminin Erken Dönem Fizyolojisi, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, Ed.: SCOTT, James R / DiSAIA Philip J / HAMMOND, Charles B / SPELLACY, William N., 6.Baskı, JB

Lippincott Company, Philadelphia, 1990, Çeviri Ed.: EREZ, Selçuk, Yüce Yayınları, İstanbul, Ağustos 1992.

GOLDBERG, James D / GOLBUS, Mitchell, S, Koryonik Villus Örnekleme, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed: QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara, 1998.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

GÜLŞEN, Recep, Hekimlerin Çocuk Düşürmede Oluşan Cezai Sorumluluğu, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009.

GÜLŞEN, Recep, Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008.

GÜNDAY, Rezzan, Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

HADDOW, James, Down Sendromu için Prenatal Tanı Yöntemleri, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed:QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara, 1998.

HAKERİ, Hakan, Hekimin Yükümlülükleri, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi, II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

HAKERİ, Hakan, Hekimlerin Cezai Sorumluluğu, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Girne-Amerikan Üniversitesi, Sağlık Hukuku Sempozyum Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs, 2012.
HANCI, Hamit, Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2005.

HATCHER / KOWAL / GUEST / TRUSSELL/ STEWART,F / STEWART, G, BOWEN / CATES, Kontraseptif Yöntemler, Uluslararası Basım, Çeviri Ed: DERVİŞOĞLU, Ayşe Akın, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul, 1990.

HATIRNAZ EROL, Gültezer, Sağlık Çalışanlarının Hukuki Sorumluluğu ve Hukuk Yargılama Süreci Tamamlanmış Dava Örnekleri, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, Temmuz 2012.

HOBBS, John C, Fetal Kan Örnekleme, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed:QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara, 1998.

HOBBS, John C, Fetal Kan Örnekleme, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed:QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara, 1998.

HUGHES Claude L. / HAMMOND, Charles B, İnfertilite, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, Ed: SCOTT, James R/ DiSAIA Philip J / HAMMOND, Charles B / SPELLACY, William N., 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, Çeviri Ed.: EREZ, Selçuk, Yüce Yayınları, İstanbul, Ağustos 1992.

İPEKYÜZ, Filiz Yavuz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak 2006.

JEANTY, Philippe, Fetal Biometri, Obstetrik ve Jinekolojide Sonografi, Prensipler ve Klinik Uygulamalar, 5. Baskı, Ed: FLEISCHER/MANNING/JEANTY/ROMERO, Simon & Schuster, 1996, Çeviri Ed: YÜKSEL, Atıl, Ulusal Tıp Kitabevi, 2000.

KANBUR, Mehmet Nihat, Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008.

KARAHACIOĞLU, A. H./ PARLAR, A.: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda İspat ve Deliller, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012.

KESKİNCİ KAPTAN,Derya, Hekimin Sorumluluğu Davalarında Objektif İspat Yükü, Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitapçığı, Roche Müstahzarları Sanayi AŞ, İstanbul 2009.

KICALIOĞLU, Mustafa, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

KIZILYEL, Serkan, İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008.

KOCHENOUR, Neil, Normal Gebelik ve Prenatal Bakım, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, Ed.: SCOTT, James R / DiSAIA Philip J / HAMMOND, Charles B / SPELLACY, William N., Çeviri Ed.: EREZ, Selçuk, 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990.

KOÇ, Acar / KABUKÇU, Cihan, Gebelik Terminasyonu, Jinekoloji, Üreme Endokrinolojisi & İnfertilite, Jinekolojik Onkoloji, Ed: BEKSAÇ/ AYHAN/ DEMİR/

HASSA / KÖSEBAY / TIRAŞ / TUNCER / YARALI / YÜCE, Medical Network, Ankara, 2006.

KOÇ, Sermet, Adli Tıpta Rapor Hazırlama Tekniği ve Rapor Örnekleri, Adli Tıp Cilt III, Ed: SOYSAL / ÇAKALIR, İstanbul Üniversitesi, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul, s 1999.

KURT, Gülşah, Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi, No:1, Ceza Hukuku, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2013.

MASON, JK, McCALL SMITH, RA, Law and Medical Ethics, 3. Baskı, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 1991.

METİN, Sevtap, Bio-Tıp Etiği ve Hukuk, XII Yayıncılık, İstanbul 2010.

NIEBYL, Jennifer R, Teratoloji, Gebelik ve Emzirmede İlaçlar, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, Ed.: SCOTT, James R / DiSAIA Philip J / HAMMOND, Charles B / SPELLACY, William N., 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, Çeviri Ed.: EREZ, Selçuk, Yüce Yayınları, İstanbul, Ağustos 1992.

NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 12.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2012.

OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, 10.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, 11.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

OĞUZMAN, Kemal / OKTAY, Saibe / SELİÇİ, Özer, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.

ÖZBABALIK, Demet Belgin, Tıbbi Dokümanların Temel Özellikleri, Tıbbi Dokümantasyon, TC Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2495, Açık Öğretim Fakültesi Yayını No:1466.

ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ / Pınar, TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül, 2003.

ÖZDEMİR, Hayrünnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2007.

ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008.

ÖZSUNAY, Ergun / ELVER, Nazan, Hekimin ve Hastanenin Hukuksal Sorumluluğu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, Eylül 2007.

ÖZTÜRK, Bahri, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2013.

ÖZTÜRKLER, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

PLATT, Lawrence D, Gestasyonel Yaşın Değerlendirilmesi, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed:QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara, 1998.

PRITCHARD, Jack A/ MC DONALD,Paul C / GANT, Norman F, Williams Doğum Bilgisi, 17.Baskı, Prentice –Hall International Inc.,Appleton-Century-Crofts, Çeviri:YILMAZ, İsmail /AYDEMİR, Vedat, Güneş Kitabevi, Ankara, 1989.

QUEENAN, John T, Genetik Amniosentez, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed:QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara,1998.

REED,Kathryn L, Obstetrikte Ultrason, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, Ed.: SCOTT / James R, DiSAIA Philip J / HAMMOND Charles B / SPELLACY, William N., 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, Çeviri Ed.: EREZ, Selçuk, Yüce Yayınları, İstanbul, Ağustos 1992.

ROMERO, Roberto/ GONÇALVES, R Luis / GHEZZI, Fabio / COHEN, Jose / GOMEZ, Ricardo /MAZOR, Moshe, Konjenital Anomalilerin Prenatal Tanısı, Obstetrik ve Jinekolojide Sonografi, Prensipler ve Klinik Uygulamalar, 5. Baskı, Ed: FLEISCHER/MANNING/JEANTY/ROMERO, Simon & Schuster, 1996, Çeviri Ed: YÜKSEL, Atıl, Ulusal Tıp Kitabevi, 2000.

SAKALA, Elmar P, Fertility Control, Obstetrics and Gynecology, Board Review Series, Middle East Edition, Williams and Wilkins, USA, Mass Publishing Co., Egypt, 1997.

SAVAŞ, Halide, Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri,10-17 Eylül 2011, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, Nisan 2012.

SCHMIDT- MATHIESEN / Heinrich, HEPP, Hermann, Gynäkologie und Geburtshilfe, Lehrbuch für Studium und Praxis, 9.Baskı, Schattauer, Stuttgart, 1998.

SCHMİDT Rolf/ PRIEBE Klaus, Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, 2.Bası, 2003 (aktarım KİZİROĞLU).

SCOTT, James R, Spontan Düşük, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, SCOTT, James R / DiSAIA Philip J / HAMMOND, Charles B / SPELLACY, William N,. Çeviri Editörü: EREZ, Selçuk, 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, Çeviri Ed.: EREZ, Selçuk, Yüce Yayınları, İstanbul, Ağustos 1992.

SEEDS, John W, Ultrasonografik Fetal İnceleme, Yüksek Riskli Gebeliklerde Tanı ve Tedavi Protokolleri, 3. Baskı, Blackwell Science, Ed: QUEENAN / HOBBS, Çeviri Ed: GÜNER, Haldun, Atlas Yayıncılık, Ankara, 1998.

SERT, Gürkan, Vakalarla Türkiye'de Üreme Hakları, Etik ve Yasal Değerlendirmeler, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul, 2012.

SIMPSON, Joe Leigh, Obstetrik Ve Jinekolojide Genetik Faktörler, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, Ed.: SCOTT, James R / DiSAIA Philip J, HAMMOND / Charles B, SPELLACY / William N., 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, Çeviri Ed.: EREZ, Selçuk, Yüce Yayınları, İstanbul, Ağustos 1992.

SOMER, Pervin, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I.Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII. Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2011. SOMER, Pervin, Tıbbi Kayıtlar, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2011.

SOYSAL, Zeki / EKE, Murat, Çocuk Düşürme, Adli Tıp Cilt III, Ed: SOYSAL / ÇAKALIR, İstanbul Üniversitesi, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1999.

SOYSAL, Zeki / ALBEK, Emre / EKE, Murat, Fetus Hakları, Adli Tıp Cilt III, Ed: SOYSAL/ ÇAKALIR, İstanbul Üniversitesi, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1999.

SOYSAL, Zeki / EKE, Murat, Gebelik ile İlgili Adli Tıp Sorunları, Adli Tıp Cilt II, Ed: SOYSAL / ÇAKALIR, İstanbul Üniversitesi, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1999.

SOYSAL, Zeki, Gebelik ve Düşük, Simpson Adli Tıp, Ed: KNIGHT, Bernard, Çeviri Ed: BİRGİN, Nur, Bilimsel ve Teknik Yayınları Çeviri Vakfı, İstanbul, 1995.

SOYSAL/ EKE, s 1146, 1147, SOYSAL, Zeki/ EKE, Murat/ ÇAĞDIR, Sadi, Gebelik, Doğum ve Lohusalıkta Anne Ölümleri, Adli Tıp Cilt II, Ed: SOYSAL / ÇAKALIR, İstanbul Üniversitesi, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1999.

ŞENOCAK, Zariye, Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008.

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

ÜLMAN, Yeşim Işıl, Tıp Tarihinin Işığında Tıp Etiği, Tıp Deontolojisi ve Hukuk, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum Özel Sayısı: 2, İstanbul, Haziran, 2007.

ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1.Cilt, 8.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

ÜNVER, Yener, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı, Temmuz 2007.

ÜNVER, Yener, Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum Özel Sayısı: 2, İstanbul, Haziran 2007.

ÜNVER, Yener, Tıbbi Kayıtlar ve Ceza Muhakemesinde İspat, III.Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2011.

ÜNVER, Yener, Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun, Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, Ed: ERDEMİR / ÖNCEL / NAMAL / ÜNVER / DOĞAN, İstanbul, 2005.

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.

YAVUZ, Fatih, Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007.

YENİDÜNYA, Caner, Hekimin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu, Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Roche Müstahzarları Sanayi AŞ Makale Kitabı, İstanbul, 2009.

YILMAZ, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

YURTCAN, Erdener, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990.

ZEYTİN, Zafer, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumlulukta Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller, Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul, 2005.

SÜRELİ YAYINLAR

AKDENİZ, Nurten / KALE, Ahmet / ERDEMOĞLU, Mahmut / YALINKAYA, Ahmet / YAYLA, Murat, Etik Kurul Kararıyla Gebelikte Tahliye Edilen 126 Olgunun Geriye Yönelik Değerlendirmesi, Perinatoloji Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 2, Haziran 2005.

AYDIN, Murat, Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt : 19, Sayı: 2 , Yıl : 2011.

DÖNMEZ, Burcu, TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu, Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı 2, 2007.

GÖRKEY, Şefik, Gebeliğin Sonlandırılmasında Karşılaşılan Etik Sorunlar, Ed: HATEMİ, H, DOĞAN, H, Medikal Etik (Doğum, Ölüm Süreçleri ve Yaşamın Anlamı, Yüce Yayım, İstanbul, 2001.

IŞIK, Olcay Çankaya, İnsan Hakları Boyutu ve Tıp Hukuku Açısından : Cenine (Foetus-Nasciturus) İlişkin Bir Manifesto, Tıp Hukuku Dergisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Legal Yayıncılık, Yıl.1, Sayı:1, Nisan 2012.

KARAGÖZ, Havva, Genetik Teşhisler Nedeniyle Tazminat Sorumluluğu, Tıp Hukuku Dergisi, Cilt: 2, S: 4,Özel Sayı (Genetik Teşhisler ve Hukuki Sorunlar) Ed: HAKERİ, Hakan, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2013.

KİZİROĞLU, Serap Keskin, Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr.Nur Centel'e Armağan, Özel Sayı, Cilt: 19, S:2, Yıl 2013.

KOCA, Mahmut, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:1, Sayı: 2, Aralık 2006.

KONAN, Belkıs, Osmanlı Devleti'nde Çocuk Düşürme Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S: 4, Yıl 2008.

SAVAŞ, Halide, Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 81, Sayı:3, Yıl: 2007.

SAVAŞ, Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

ŞEN, Cihat / YAYLA Murat, Fetus Hakları ve Korunması, Perinatoloji Dergisi, Cilt :10, Sayı:2/Haziran 2002.

ŞİMŞEK, Fatma / EROĞLU, Haldun / DİNÇ, Güven, Osmanlı İmparatorluğu'nda Iskat-ı Cenin, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 2/6, Kış 2009.

ÜNVER, Yener, Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız; Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, Aralık 2006.

ÜNVER, Yener, Genetik Teşhislere Yönelik Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Ceza Hukuku Sorumluluğu; Tıp Hukuku Dergisi, Cilt :2, Sayı:4, Özel Sayı (Genetik Teşhisler ve Hukuki Sorunlar), Ed: HAKERİ, Hakan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.

ÜNVER, Yener, İspat Hukukunun Esasları (Klaus Roxin'den çeviri) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8, s 265-289, Güz 2005/2.

ÜNVER, Yener, Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 2, Yıl 2009.

ÜNVER, Yener, Türk Tıp Hukukunda Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı:2, Yıl 2006.

YAYLA, Murat, Fetus Hakları, Perinatoloji Dergisi, Cilt:13, Sayı:5, Yıl:2005.

İNTERNET KAYNAKLARI

[1939] 1 K. B. 687 3 All E. R. 615 (1938) Central Criminal Court
<https://www.msu.edu/user/schwenkl/abtrbng/rvbourne.htm>, Erişim T: 10.08.2014.

410 U.S. 113 (1973), 410 U.S. 113, Roe Et Al. V. Wade, District Attorney Of Dallas County
Appeal From The United States District Court For The Northern District Of Texas, No. 70-18, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=410&invol=113> , Erişim T: 08.08.2014.

410 U.S. 179 (1973), Doe et Al. V. Bolton, Attorney General Of Georgia, Et Al.
Appeal From The United States District Court For The Northern District Of Georgia, No. 70-40. <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=410&invol=179>, Erişim T: 08.08.2014.

492 U.S. 490, Webster v. Reproductive Health Services (No. 88-605), Argued: April 26, 1989, Decided: July 3, 1989, <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/492/490>, Erişim T: 09.08.2014.

505 U.S. 833, Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey (Nos. 91-744, 91-902), Argued: April 22, 1992, Decided: June 29, 1992, <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/833>, Erişim T: 09.08.2014.

Abortion Act, 1967, <http://worldabortionlaws.com/map>, Erişim T:03.04.2014.

Abortion Policies, A Global Review, Major Dimensions of Abortion Policy, The Population Policy Data Bank, Population Division of the Department of Economics and Social Affairs of the United Nations Secretariat, <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, Erişim T: 22.01.2014.

Abtreibung in Europa, <http://www.svss-uspda.ch/de/facts/europa.htm>, Erişim T:22.01.2014.

An Overview of Abortion Laws, State Policies in Brief, Guttmacher Institute, http://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_OAL.pdf, Erişim T: 03.04.2014.

Bans on Partial Abortion, State Policies in Brief Guttmacher Institute, http://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_BPBA.pdf, Erişim T: 03.04.2014.

ÇELİK, Ahmet Çelik, Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/bedensel-zararlar-nedeniyle-tazminat.htm>, Erişim T: 26.02.2014.

ÇELİK, Ahmet Çelik, Hekimlerin ve Hastanelerin Sorumluluğu, www.tazminathukuku.com, Erişim T: 28.10.2012.

ÇOKAR, Muhtar, İsteyerek Düşük Yapmak, Tıp Etiği ve Yasalar, 17.04.2009, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1004.htm, Erişim T: 10.10.2013.

Declaration on Procured Abortion, The Embryo Project Encyclopedia, <http://embryo.asu.edu/pages/declaration-procured-abortion>, Erişim T: 03.04.2014.

DEMİR, Mehmet, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2008, C.57, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/.../AUHF-2008-57-03-demir.pdf, s 229, Erişim T: 20.01.1014.

DEMİRCİ, Tuba; SOMEL, Selçuk Akşin, Women's Bodies, Demography, and Public Health: Abortion Policy and Perspectives in the Ottoman Empire of the Nineteenth Century, Journal of the History of Sexuality, Vol. 17, No. 3, Eylül 2008, 377-420, <https://research.sabanciuniv.edu/9072/1/Somel-Demirci-Abortion.pdf>, Erişim T: 25.02.2014.

DÖLEN, İsmail, Kadın Hastalığı ve Doğum Hekimliği Açısından Tıbbi Etik Konular, <http://www.tjod.org/kadin-hastaliklari-ve-dogum-hekimligi-acisindan-tibbi-etik-konulari/> Erişim T: 04.03.2014.

Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch nach Prenataldiagnostik, Bundesärztekammer, Bekanntmachungen, Deutsches Ärzteblatt 95, Heft 47, 20. November 1998, s 75, <http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/schwangerpdf.pdf>, Erişim T: 25.02.2014.

Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten, Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz, <http://www.gesetze-im-internet.de/beratungsg/BJNR113980992.html>, Erişim T: 04.04.2014.

History of Abortion Law in the UK, <http://www.abortionrights.org.uk/index.php/media-and-resource-centre/abortionlaw/275>, Erişim T: 28.03.2014.

<http://www.hekimce.com/?kiid=526>.

<http://www.kararevi.com> .

<http://www.tjod.org/turk-jinekoloji-ve-obstetrik-dernegi-tjod-kurtaj-raporu>, Erişim T: 04.03.2014.

<http://www.turkhukusitesi.com>.

KOURKOUTA , Lambrini, LAVDANİTİ, Maria, ZYGA, Sophia, Views Of Ancient People On Abortion, Health Science Journal Volume 7(2013), Sayı: 1 <http://www.hsj.gr/volume7/issue1/7112.pdf>, Erişim T: 03.04.2014.

No. 05–380, 413 F. 3d 791; 05–1382, 435 F. 3d 1163, <http://www.law.cornell.edu/supct/html/05-380.ZS.html>, Erişim T: 09.08.2014.

OBINGER-GINDULIS, Edith, Zwischen Moral und Selbstbestimmung- Ein Blick über die Grenzen: Die Abtreibungsregime der OECD-Länder und ihre Bestimmungsfaktoren im Vergleich, Humboldt Forum Recht, 4/2008, www.humboldt-forum-recht.de, Erişim T: 22.02.2014.

Offences Against the Person Act 1861, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/24-25/100/section/58>, Erişim T:28.03.2014.

ÖZDEMİR, Hayrúnisa, Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtay'ın Görüşü, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-105-1262>, Erişim T: 08.08.2014.

ÖZEL, Çağlar, Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/288/2623.pdf>, Erişim T: 17.08.2014.

Schwangerschaftsabbruch nach § 218 Strafgesetzbuch, <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=98262.html>, Erişim T:28.03.2014.

Schwangerschaftskonfliktgesetz, Arbeitskreis, Lebensrecht, http://www.ak-lebensrecht.de/info/gesetz_schkg.html, Erişim T: 04.04.2014.

STEWART, Meghan, Curbing Reliance on Abortion in Russia, <http://www.wcl.american.edu/hrbrief/11/3stewart.pdf>, Erişim T: 03.04.2014.

Strafgesetzbuch, Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz,
<http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> Erişim T: 04.04.2014.

ŞİRİN, Tolga, Kürtaj Hakkı ve Türkiye'nin Otoriter-Muhafazakâr Jargonu,
<http://bianet.org/bianet/siyaset/138726-kurtaj-hakki-ve-turkiye-nin-otoriter-muhafazakar-jargonu>, Erişim T: 25.03.2014.

The World's Abortion Laws, <http://worldabortionlaws.com/map/> Erişim T: 04.04.2014.

TUĞCU, Harun/ YORULMAZ,Coşkun / KOÇ, Sermet, Hekim Sorumluluğu ve Tıbbi Malpraktis, http://www.klinikgelisim.org.tr/eskisayi/klinik_2009_22/02.pdf, Erişim T:11.11.2012.

World Abortion Laws 2009 Fact Sheet, Center for Reproductive Rights,
<http://reproductiverights.org/en/document/world-abortion-laws-2009-fact-sheet>, Erişim T: 04.03.2014.

World Abortion Policies,
http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/policy/WorldAbortionPolicies2013/WorldAbortionPolicies2013_WallChart.pdf, Erişim T: 03.04.2014.

YARSUVAT, Duygun, Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi,
journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/.../1023003766, s 451, ErişimT: 04.03.2014.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay 1.CD, E: 1937/ 5381, K: 1937/ 2763, T: 24.06.1937.

Yargıtay CGK, E: 1967/42, K: 1967/53, T: 27.02.1967.

Yargıtay 15.HD, E: 1975/ 2093, K: 1975/ 2228, T: 21.4.1975.

Yargıtay 4.HD, E:1977/ 6297, K:1977/12541, T:07.03.1977.

Yargıtay HGK, E:1978/ 4-3596, K:1978/ 696, T: 28.06.1978.

Yargıtay 4.HD, E:1979/2093, K: 1979/ 7151, T: 29.05.1979.

Yargıtay 4.CD, E: 1986/ 5638, K: 6113, T: 16.09.1986.

Yargıtay 13 HD, E: 1193/ 131, K: 1993/2741, T: 05.04.1993.

Yargıtay CGK, E:1993/6-81, K: 1993/110, T:19.04.1993.

Yargıtay 4.HD, E: 1996/ 4332, K:1996/ 4798, T: 30.5.1996.

Yargıtay 4. HD, E: 1976/ 6297, K: 1977/2541, T: 07.03.1997.

Yargıtay CGK, E:1999/6 – 279, K:1999/291, T: 30.11.1999.

Yargıtay 13. HD, E: 2000/8582, K: 2000/10298, T: 14.02.2000.

Yargıtay 4.HD, E: 2001/10735, K: 2002/1543, T:11.02.2002.

Yargıtay 13. HD, E: 2003/2333, K: 2003/ 6348, T: 04.02.2003.

Yargıtay 13.HD, E:2003/711, K:2003/4255, T: 09.04.2003.

Yargıtay 13 HD, E: 2003/6060, K: 2003/ 10174, T: 16.09.2003.

Yargıtay 13 HD, E: 2004/8721, K: 2004/ 1901, T: 20.02.2004.

Yargıtay HGK, E: 2004/13-291, K: 2004/370, T: 23.06.2004.

Yargıtay 13.HD, E: 2004/6493, K: 2004/ 15431, T: 26.10.2004.

Yargıtay 13.HD, E: 2005/3645, K: 2005/11796, T: 08.07.2005.

Yargıtay 13.HD, E: 2006/6143, K: 2006/ 11224, T: 07.07.2006.

Yargıtay 13.HD, E:2006/1057, K: 2006/13842, T: 19.10.2006.

Yargıtay 3.CD E: 2006/2128, K: 2006/9059, T: 29.11.2006.

Yargıtay 13.HD E: 2007/1681, K: 2007/1248 T: 05.02.2007.

Yargıtay 13.HD, E: 2007/15155, K: 2007/5635, T: 19.04.2007.

Yargıtay 8.CD, E: 2007/8868, K: 2007/6472, T: 01.10. 2007.

Yargıtay 9.CD, E:2008/16443, K:2008/14064, T: 24.12.2008.

Yargıtay 13.HD, E:2009/7607, K: 2009/ 13668, T: 23.11.2009.

Yargıtay 13.HD, E: 2009/7607, K: 2009/ 13668, T: 23.11.2009.

Yargıtay 13.HD, E: 2010/9415, K: 2010/18038, T: 24.12.2010.

Yargıtay 13.HD, E: 2010/9415, K: 2010/18038, T: 24.12.2010.