



T.C.

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK CEZA KANUNU'NDA ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU

MUHAMMET HAMZA MUŞ

KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN

Dr. Öğr. Üyesi Esra ALAN AKCAN

İSTANBUL-2018

KABUL ve ONAY SAYFASI

Enstitümüz Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans öğrencisi Muhammet Hamza MUŞ tarafından hazırlanan “*Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme Suçu*” isimli tez çalışmasının savunma sınavı 18 Haziran 2018 tarihinde İstanbul Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsünde yapılmış olup aşağıda belirtilen jüri tarafından değerlendirilerek, OY BİRLİĞİ/ OY ÇOKLUĞU ile yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Dr. Öğr. Üyesi Esra ALAN AKCAN
İstanbul Medipol Üniversitesi
Tez Danışmanı

Doç. Dr. Hasan SINAR
Altınbaş Üniversitesi
Sınav Jüri Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Yakup Levent KORKUT
İstanbul Medipol Üniversitesi
Sınav Jüri Üyesi

İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulu'nun 20.06/2018 tarih ve 2018/23-03 sayılı kararıyla onaylanmıştır.

Doc. Dr. Serdar KALE
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü V.



BEYAN

Yüksek Lisans tezi olarak hazırladığım “*Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme Suçu*” adlı çalışmamı, ilmi ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazdığımı ve faydalandığım eserlerin kaynakçada gösterdiklerimden ibaret olduğunu, bunlara atıf yaparak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım.

Muhammet Hamza MUŞ



ÖNSÖZ

Tez ile TCK m. 99’da düzenlenen çocuk düşürtme suçunun unsurları her bir fıkra yönünden ayrı ayrı incelenmek suretiyle kişilik sıfatına sahip olmayan ceninin suçun unsurlarında neden olduğu sorunlar, doktrinde yer alan görüş farklılıklarının neden kaynaklandığı, suçla korunmak istenen hukuksal yararın ne olduğu, suçun taksirli haline kanunda yer verilmesinin gerekip gerekmediği tartışılarak bu sorunlara çözümler bulmak amaçlanmıştır.

Kaynaklara ulaşımın zor olması, kütüphanelerin yetersizliği, farklı kütüphanelere dolayısıyla da farklı kaynaklara erişimde yaşanan sorunlar, yabancı kaynak bulmanın sıkıntıları, kütüphanelerin çalışma saatlerinin sınırlı olması tezi hazırlarken karşılaştığımız zorlukların başında yer almaktadır.

Tezin hazırlanmasında katkılarını esirgemeyen Doç. Dr. Halit Eyüp ÖZDEMİR ile tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Esra ALAN AKCAN’a teşekkürü borç bilirim.

ÖZET

Termination Of Pregnancy In Turkish Criminal Law

Türk Ceza Kanunu'nun 99. maddesinde düzenlenen çocuk düşürtme suçunun unsurları hakkında doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Bu tez, Türk Ceza Kanunu'nda çocuk düşürtme suçuyla korunmak istenen hukuksal yararın ne olduğu ve doktrinde yer alan görüş farklılıklarının neden kaynaklandığı sorularını cevaplamayı amaçlamaktadır. Suçun taksirli haline kanunda yer verilmesinin gerekip gerekmediği, kişilik sıfatına sahip olmayan ceninin suçun unsurlarında neden olduğu sorunlar tartışılmış ve bu sorunların çözümü yapılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Cenin, gebeliğin sonlandırılması, kürtaj, suç.

ABSTRACT

Termination Of Pregnancy In Turkish Criminal Law

According to article 99 of Turkish Criminal Law, there are different opinions in the doctrine about elements of crime. The purpose of this dissertation is to show the reason behind the different opinions and the legal rights in termination of pregnancy. The problems lies in whether or not the inclusion of negligent offense in the law and the problems in the elements of crime caused by the fetus which has not have legal personality are discussed and these problems are analysed.

Keywords: Abortion, crime, fetus, termination of pregnancy.

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAYI FORMU	ii
ÖNSÖZ	iii
ÖZET.....	v
ABSTRACT	vi
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	3
SUÇLA İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR, TARİHSEL GELİŞİM VE	
KARŞILAŞTIRMALI HUKUK	3
1. TEMEL KAVRAMLAR	3
1.1. Cenin.....	3
1.2. Yapay Döllenme	6
1.3. Çocuk.....	8
1.4. Kişilik	9
1.5. Gebeliğin Sonlandırılması, Kürtaj	12
2. TARİHSEL GELİŞİM.....	16
2.1. Genel Olarak	16
2.2. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde Çocuk Düşürtme Suçu	26
2.2.1 Birinci Dönem – Kanuni Düzenlemenin Bulunmadığı Dönem (1921 –	
1926).....	29
2.2.2 İkinci Dönem – İstisnasız Yasak Dönemi (1926 – 1965).....	29
2.2.3 Üçüncü Dönem – Tıbbi Zorunlulukla Sınırlı İzin Verilen Dönem (1965 –	
1983).....	33
2.2.4 .Dördüncü Dönem – Süre İle Sınırlı Gebeliği Sonlandırmanın Hak Olarak	
Tanındığı Dönem (1983 – ...)	35
3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM	38
3.1. Alman Hukuku.....	38

3.2. Fransız Hukuku.....	39
3.3. İngiliz Hukuku	40
3.4. İrlanda Hukuku	41
3.5. İtalyan Hukuku	43
İKİNCİ BÖLÜM.....	45
5237 SAYILI TCK'DA ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU	45
1. GENEL OLARAK.....	45
2. KORUNAN HUKUKSAL YARAR	47
3. BENZER SUÇLARLA MUKAYESESİ.....	49
3.1. Çocuk Düşürme Suçu	49
3.2. Kısırlaştırma Suçu	50
4. SUÇUN UNSURLARI.....	53
4.1. Maddi Unsurlar	53
4.1.1 Suçun Faili	53
4.1.2 Suçun Konusu ve Mağduru	59
4.1.3 Fiil.....	65
4.1.4 Netice	72
4.1.5 Nitelikli Unsurlar	76
4.1.5.1 TCK m. 99/3, 4	76
4.1.5.2 TCK m. 99/5	77
4.2. Manevi Unsur	80
4.3. Hukuka Aykırılık Unsuru	87
4.3.1 Süre Şartlı İlgilinin Rızası	89
4.3.2 TCK m. 99/6	98
4.3.3 Tıbbi Zorunluluk Halleri.....	109
5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ.....	117
5.1. Teşebbüs, Gönüllü Vazgeçme	117
5.2. İştirak	120
5.3. İçtima	123
6. HATA	130

7. YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA	133
7.1. TCK m. 99/1	134
7.2. TCK m. 99/2	134
7.3. TCK m. 99/3, 4	135
7.4. TCK m. 99/5	136
SONUÇ	138
KAYNAKÇA	141



KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
A.Ş.	: Anonim Şirketi
ATK	: Adli Tıp Kurumu
Bkz.	: Bakınız
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
çev.	: Çeviren
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
Doç.	: Doçent
Dr.	: Doktor
Ltd.	: Limited
m.	: Madde
NPHK	: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
prg.	: Paragraf
Prof.	: Profesör

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

SSCB : Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti Birliği

Şti. : Şirketi

TCK : Türk Ceza Kanunu

TMK : Türk Medeni Kanunu

vs. : Versus



GİRİŞ

Çocuk düşürtme, başka deyişle gebeliğin sonlandırılması, tarihi geçmişi ilkel toplumlara kadar uzanan bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Çocuk düşürtme suçunun konusu olan cenin, insan olma potansiyeline sahip bir varlık olarak rahimde belirli bir süre geçirdikten sonra doğum ile birlikte toplumun arasına karışacaktır. Cenine yönelen fiiller koruma altına alınarak potansiyel insan yaşamı koruma altına alınmaktadır. Ceninin ne zaman kişilik kazanacağı ve canlı bir birey olarak kabul edileceği ruh kazandığı an, organlarının tamamlandığı an, yaşayabilme yeteneğine sahip olduğu an gibi geçmişten bugüne farklı şekillerde ele alınmış, bu durum suç karşılığı öngörülen cezaları da etkilemiştir.

Cenin gelişimini kadın rahminde sağladığından, ceninin gebe kadından ayrı düşünülmesi mümkün değildir. Gebeliği sonlandırmanın serbest ya da yasak olması, günlük dilde kürtaj, son birkaç yüzyıl içinde birçok toplumda devletlerin nüfus politikasına göre şekillenmiştir. Nüfusu artırma ihtiyacı varsa gebeliğin sonlandırılmasını engeller mahiyette düzenlemeler yapılmış, nüfus artış hızını azaltma ihtiyacı doğduğunda ise gebeliği sonlandırmanın önündeki engeller kaldırılmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde ilk olarak 1926 tarihli 765 sayılı TCK ile düzenlenen çocuk düşürtme suçunda yapılan değişikliklerde de ana etken dönemin nüfus politikası olmuştur.

Türk hukukunda, ilk olarak mevzuatta terim birliğinin olmadığı göze çarpmaktadır. Aynı konuyu ifade etmek için “*gebeliğin sonlandırılması*”, “*rahim tahliyesi*” ve “*çocuk düşürtme*” terimleri kullanılmıştır. TCK m. 99’da düzenlenen çocuk düşürtme suçunun unsurları konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Kişilik sıfatı bulunmayan cenine yönelen suçun mağduru konusundaki görüş farklılıkları, içtima hükümlerinin ne şekilde uygulanacağını belirlemede de farklılıklara neden olmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde suçla ilgili temel kavramlar, suçun tarihsel gelişimi ve karşılaştırmalı hukuktaki duruma ilişkin bilgiler vereceğiz. Tarihsel

gelişim kısmında Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde suçun geçmişten bugüne geçirdiği değişikliklere ayrı başlıklar altında yer vereceğiz.

Çalışmamızın ikinci bölümünde suçla korunan hukuksal yararın ne olduğu, suçun unsurları, suçun özel görünüş biçimleri, hata durumunda uygulanacak hükümler, cezayı kaldıran neden olarak TCK'nın 99. maddesinin altıncı fıkrası, yaptırım ve kovuşturma ayrıntılı olarak ele alınacak, doktrinde yer alan görüşler ayrı ayrı irdelenecektir.

Çalışmamızla ceza hukuku sistematigi içinde çocuk düşürtme suçuyla korunmak istenen hukuksal yararın ne olduğu, suçun unsurlarının her bir fıkra yönünden ayrı ayrı incelemesi suretiyle doktrinde yer alan görüş farklılıklarının neden kaynaklandığı sorularını cevaplamak amaçlanmıştır. Mevzuatımızda ve TCK m. 99'da yer alan terim karmaşası, suçun taksirli haline kanunda yer verilmesinin gerekip gerekmediği, kişilik sıfatına sahip olmayan ceninin suçun unsurlarında neden olduğu sorunların çözümlemesi yapılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇLA İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR, TARİHSEL GELİŞİM VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

1. TEMEL KAVRAMLAR

1.1. Cenin

Ceninin sözlük anlamı; karındaki çocuk¹, anasının karnında olan çocuk², dölüt, fetüs, oğulcuğun gelişimini büyük ölçüde tamamladığı bütün organ taslaklarının olduğu üçüncü aydan doğuma kadarki durumu şeklindedir³.

Kadının yumurtalıkları tarafından olgunlaşmasına müteakip rahime salınan cenin adayı yumurtalar canlı kaldığı bir iki günlük süreçte spermle birleşmezse dışarı atılır. Dışarı atıldığı dönem regl dönemi olarak adlandırılmaktadır⁴. Yumurta ve spermde insan hücresinde bulunanın yarısı kadar kromozom bulunmaktadır. İksinin birleşimi ile insan hücresi bütünlüğüne sahip döllenmiş yumurta, başka deyişle zigot oluşur. Zigot döllenmeden itibaren bölünerek gelişmeye başlar ve fallop tüpünden ilerleyip rahmin üst tarafına yerleşir ve bu andan itibaren embriyo olarak adlandırılır⁵. Embriyo, gelişme niteliği olan döllenmiş yumurtadır⁶. Tıp biliminde

¹ ÖZÖN, Mustafa Nihat, Osmanlıca Türkçe Sözlük, 11. Basım, İnkılap Kitabevi, İstanbul, Kasım 2012, s. 164.

² DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lügat, 2. Baskı, Doğu Ltd. Şti. Matbaası, Ankara, 1970, s. 124.

³(Çevrimiçi)http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.59f606d21faed2.76521953, Erişim Tarihi 29/10/2017.

⁴ MTAWALI, Grace; PINA, Manuel; ANGLE, Marcia; MURPHY, Catherine, The Menstrual Cycle and Its Relation to Contraceptive Methods, Prime Yayıncılık, 1997, s. 3-6; PADUBİDRİ, V.G.; DAFTARY, Shirish N., Shaw's Textbook of Gynecology, 16. Baskı, Reed Elsevier India Private Limited yayıncılık, Kasım 2014, s. 28.

⁵(Çevrimiçi)http://www.megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller_pdf/Gebelik%20Ve%20Fet%C3%BCs%20Fizyolojisi.pdf, Erişim Tarihi 19/05/2018, s. 5-7.

gebelik, embriyo oluşunca, başka deyişle zigotun rahme yerleşip tutunması gerçekleşince, embriyonun kadından beslenmesi sonucu kadının gebelik hormonunun artması ile tespit edilebilmektedir. Gebelik süresinin başlangıcı, başka deyişle ilk günü, yumurtanın olgunlaşmaya başladığı an olan regl döneminin başladığı gün olarak kabul edilmektedir ve geçmişe dönük olarak hesaplanır. Ortalama 28 günlük dönemlerle regl olduğu varsayıldığında, periyot döneminin başlangıcından geriye doğru 14 gün gidildiğinde yumurtanın olduğu gün hesap edilir. Fakat her kadın farklıdır, ortalama 32 günlük dönemlerle de regl olunabilir. Ayrıca dönemler her zaman aynı uzunlukta olmayıp, aydan aya farklılık gösterebilir. Geçmişteki düzenli döngü de her zaman aynı şekilde devam edeceğini göstermez. 14 günlük süre ortalama bir süre olup, yumurtanın olduğu gün ile bir sonraki regl dönemi arasında 9 günden 19 güne kadar aralık olması mümkündür. Bu da regl döneminin 10. ve 22. günlerine denk gelmektedir. Sonuç olarak yumurtanın olduğu günün tam olarak tespit edilebilmesi mümkün değildir⁷. Döllenme anından gebeliğin sekizinci haftası tamamlanana kadar, kadının rahminde beslenerek insan görünümü kazanmaya başlayan organizma “*embriyo*” olarak adlandırılır. Dokuzuncu haftadan doğuma kadar olan dönemde ise “*cenin*”, tıp biliminde “*fetus*”, olarak adlandırılır⁸.

Zigotun rahme yerleşmesi anı, başka deyişle nidasyon anı, döllenmeden sonra yaklaşık bir hafta içinde mümkün olur. Bu sebeple nidasyonun önüne geçen ertesi gün hapı kullanımı gibi önlemler henüz cenin sıfatını kazanmamış zigota yönelen fiillerdir. Tüpte döllenmiş yumurtalar da kadın rahmine yerleşip tutunmadıkça cenin sıfatına sahip değildir⁹. Hatta embriyo sıfatına da sahip değildir. Çünkü gebeliğin ilk sekiz haftasındaki organizma embriyo, embriyo sıfatının kazanılması ile

⁶ BÜYÜKAY, Yusuf, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım, 1. Bası, İstanbul, Nisan 2016, s. 14.

⁷ IMLER, Dr. Philip B.; WILBANKS, David, The Essential Guide to Getting Pregnant, 11 Şubat 2011, s. 9-11.

⁸ (Çevrimiçi) <http://www.turkcerrahi.com/tip-sozlugu/fetus/>, Erişim Tarihi 29/05/2018.

⁹ DÖNMEZ, Burcu, “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu, Mukayeseli Hukuk ve AIHM’in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, 2007, s. 104-105.

doğum arasındaki organizma ise cenin olarak adlandırılmaktadır. Hukuk literatüründe cenin, gebeliğin başlangıcından sonuna kadar rahimde yer alan tıp biliminde embriyo ve cenin olarak tanımlanan organizmaları bir bütün olarak ifade edecek şekilde kullanılmaktadır. Bundan sonra cenin çalışmamızda da hukuki literatürdeki anlamı kapsamında kullanılacak, aksi takdirde ilgili yerlerde gerekli açıklama yapılacaktır.

Dış gebelik, başka deyişle ektopik gebelik, zigotun rahim dışında gelişmesi halidir. Bu durumda zigot fallop tüpleri, yumurtalık, rahim ağzı veya karında gelişmekte olup rahime yerleşmemektedir. Gebeliğin ilk iki ayı içinde müdahale ile bu zigotun alınması gerekmektedir. Aksi durum kadının sağlığı açısından tehlike doğurabilir. Rahim dışında gelişen zigotun cenin olması mümkün değildir¹⁰.

AİHS'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi¹¹ kapsamında da yaşamın başlangıç anı, gebe kadın rahmindeki ceninin madde korumasına girip girmediği tartışmalara neden olmuştur. AİHS'de "yaşam" tanımı yapılmamıştır. Henüz görüş birliği olmasa da, AİHK dolaylı olarak madde 2'de yer alan "herkes" teriminin gebe kadının karnındaki cenini kapsamadığını, yaşamın doğumdan sonrasını ifade ettiğini kabul etmiştir¹². AİHM 2004 tarihli Vo vs. Fransa kararında AİHS m. 2 gereğince yaşama hakkının korunması için cezai yaptırım bulunmasının zorunlu olmadığını, tazminat yaptırımını ile de devlet tarafından yaşama hakkını koruma yükümlülüğünün yerine getirilebileceğini belirtmiştir¹³. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ise durum farklıdır. Sözleşmede yaşam hakkının düzenlendiği 4. madde¹⁴ kapsamında

¹⁰ PADUBİDRİ, DAFTARY, a.g.e., s. 293-299.

¹¹ AİHS'nin 2/1. maddesi; "*Herkesin yaşam hakkı yasanın korunması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilenbu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.*" şeklindedir. Bkz. KORF, Douwee, Yaşam Hakkı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No 8, çevirenler Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, 1. Baskı, Belçika, Kasım 2016, s. 4.

¹² BAHADIR, Oktay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Yaşama Hakkı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ağustos 2009, s. 18-19.

¹³ OKTAR, Salih, Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları (TCK. m. 99-100), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, Kasım 2016, s. 95.

¹⁴ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4/1. maddesi; "*Her kişinin yaşamına saygı gösterilmesine hakkı vardır. Bu hak, genel olarak, gebe kalma anından başlayarak, yasa ile korunacaktır. Hiç kimse*

yaşamın başlangıcı gebe kalma anı olarak kabul edilmiş, bu andan itibaren cenin yaşam hakkı korumasından yararlandırılmıştır¹⁵.

1.2. Yapay Döllenme

Yapay döllenme, cinsel birliktelik olmadan spermle yumurtanın dış ortamda döllenmesinden sonra meydana getirilen döllenmiş yumurtanın kadın rahmine yerleştirilmesi şeklinde gerçekleştirilen üremeye yardımcı bir yoldur¹⁶. Tüp bebek veya taşıyıcı annelik şeklinde uygulanır¹⁷. Tüp bebek, yumurta ile spermin laboratuvar ortamında döllenmesi ve embriyoların rahime uygun zamanda yerleştirilmesi suretiyle meydana gelen gebelik yöntemidir¹⁸. Taşıyıcı annelikte ise, doğurması tıbben tehlikeli olan veya mümkün olmayan kadının yerine bir başka kadının rahmine zigotun yerleştirilmesi söz konusudur. Ülkemiz mevzuatında yapay döllenme Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmektedir. Yönetmelikte yapay döllenme üremeye yardımcı tedavi şeklinde ifade edilmiştir¹⁹. Mevzuatımızda yapay döllenme yöntemlerinden taşıyıcı annelik kurumuna izin verilmemekte, yalnızca tüp bebek yöntemine izin verilmektedir²⁰.

yaşamından keyfi olarak yoksun bırakılmayacaktır.” şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.aihmiz.org.tr/aktarımlar/dosyalar/1464695201.pdf>, erişim tarihi 01/10/2017.

¹⁵ BAHADIR, a.g.e., s. 18-19.

¹⁶ Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesi; *“Anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamaları, ifade eder.”* şeklindedir. Bkz. ÜNVER, Yener; HAKERİ, Hakan; YENERER ÇAKMUT, Özlem, Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2013, s. 586.

¹⁷ ERTUĞRUL, Hüseyin, Çocuk Düşürme Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ağustos 2016, s. 27.

¹⁸ BABALIOĞLU, Rabiye, “Yardımla Üreme Teknikleri – Tüp Bebek ve Aileye Etkileri”, Uluslararası Aile Konferansı, 1. Baskı, Editör İlhan Yıldız, Ankara, SFN Televizyon Tanıtım Tasarım Yayıncılık Ltd. Şti., 2013, s. 282-283.

¹⁹ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2015, s. 466-476.

²⁰ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 29-31.

Ayrıca üremeye yardımcı tedavi yöntemi olarak tüp bebek yöntemi yalnızca evli kişilere uygulanabilmektedir. TMK'nın 282. madde hükmü gereğince çocuk ile ana arası soybağı doğumla kurulmaktadır. Taşıyıcı anne, başka kadının döllenmiş yumurtasını rahminde taşıyan kadın, doğumu gerçekleştirdikten sonra TMK gereğince anne kabul edilecektir. Soybağı biyolojik anne ile değil taşıyıcı anne ile kurulacaktır. Taşıyıcı anne aynı zamanda evli ise, babalık karinesi²¹ gereği evlilik devam ederken doğan çocuğun babası da biyolojik baba değil, taşıyıcı annenin eşi olacaktır²². Bunun sonucu olarak da genetik annenin velayet hakkı bulunmayacak ve genetik babayla doğum sonrası kendiliğinden soybağı kurulmayacaktır. Ancak tanıma davası ile baba tarafından çocuğun tanınması mümkün olacaktır²³. Biyolojik babanın tanıma davasının sonuçlanması için öncelikle çocuk ile taşıyıcı annenin eşi arasında soybağı kurulmuş ise bunun kaldırılması gerekecektir.

Tüp bebek yöntemi uygulanırken birden fazla yumurta döllenmektedir. Rahime yerleştirilen embriyo dışında kalan embriyoların dondurulması mümkündür²⁴. Yapay olarak birçok embriyo oluşturulmakta, bir ya da birkaç tane embriyo rahime yerleştirilmektedir. Yerleştirme döllenmenin hemen sonrasında gerçekleşmemektedir²⁵. Birden fazla yumurtanın döllenmesi uygulamada ticari sebeplerle başarı oranını artırmak için yapılmaktadır. Tıbben tek yumurta çoğul gebelik ihtimali çok düşük olduğundan bu tür gebelikler çoğunlukla tüp bebek yönteminin uygulanması ile oluşan gebeliklerdir. Çoğul gebeliklerde, gebeliğin ilerleyen dönemlerinde ceninlerin bir kısmının alınması yoluna da gidilmektedir. Bunun nedenleri; bir ceninde tespit edilen hastalığın diğerlerine bulaşma ihtimali, tek ceninin sağlıklı doğumunu gerçekleştirmek gibi nedenlerdir. Tıbben genetik kaynaklı

²¹ TMK m. 285/1 hükmü; “Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.” şeklindedir. Bkz. YAVUZ, Cevdet, Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2008, s. 111.

²² DOĞAN, Cahid, “Çocuğun Soybağının Genetik Temelleri ve Soybağını Değiştirme Suçu”, Tıp/Sağlık Ceza Hukuku, 1. Baskı, Editör Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Mart 2014, s. 379-382.

²³ HAKERİ, a.g.e., s. 480-481.

²⁴ BABALIOĞLU, a.g.e., s. 282-283.

²⁵ BÜYÜKAY, a.g.e., s. 15.

olmayan hastalığın diğer ceninlere geçme ihtimali bulunmamaktadır. Genetik kaynaklı olan hastalık ise tek yumurta çoğul gebeliklerde tüm ceninlerde bulunur²⁶.

1.3. Çocuk

TCK'da çocuk kavramının tanımı yapılmıştır. TCK m. 6/1-b'de "*Çocuk* deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi, anlaşılır" hükmüne yer verilmiş, madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi hükümleri göz önüne alınarak bu tanım yapılmıştır²⁷. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesinde, kanun gereği erken yaşta ergin olunabilecek istisnalar hariç, on sekiz yaşına kadar her insanın çocuk sayılacağı ifade edilmiştir. Türk Hukukunda çocuk tanımına ayrıca Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) 3/1-a maddesinde de yer verilmiş, erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış kişinin çocuk sayılacağı kabul edilmiştir. On sekiz yaşından önce ergin kılınabilmeye ilişkin istisnalara TMK'da yer verilmiştir. Evlenme ile veya hakim kararıyla ergin kılınabilmek mümkündür. Fakat bu istisnalar sonucu ergin kılınan kişi TCK ve ÇKK kapsamında yine de çocuk sayılmaktadır²⁸. TCK'da ceninin tanımı ise yapılmamıştır. Cenin, çocuğun doğumdan önce kadın rahmindeki halidir²⁹. Ceninin hangi andan itibaren kişilik kazandığı, başka deyişle insan olarak kabul edilebileceği, çocuk düşürtme suçunun sınırını belirlemek açısından önemlidir. Sağ ve tam doğum gerçekleşikten sonra kişilik kazanan cenin insan olarak kabul edileceği için, ona yönelen fiiller öldürme, yaralama gibi suçların konusunu oluşturacaktır³⁰. Cenin,

²⁶ EKŞİ, Ahmet, "Ailede Hayata Saygı Bağlamında Kürtaj Meselesi", Uluslararası Aile Konferansı, 1. Baskı, Editör İlhan Yıldız, Ankara, SFN Televizyon Tanıtım Tasarım Yayıncılık Ltd. Şti., 2013, s. 315-317.

²⁷ ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN, Ahmet; YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Gerekeçeli Ceza Kanunları, 10. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, Eylül 2010, s. 29-30.

²⁸ ARAVACIK, Esra Dünder, "Çocuklarda Aydınlatılmış Onam", İzmir Barosu Dergisi, Sayı-1, Ocak 2017, s. 14-15.

²⁹ YILMAZ, Halil, "Cenini Öldürme (Çocuk Düşürtme/Düşürme) Suçu", Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2, 2001, s. 74.

³⁰ HAKERİ, a.g.e., s. 769-770.

öldürme ve yaralama gibi yaşayan kişilere karşı işlenebilecek suçlara konu olamaz fakat ceza kanunumuz anlamında korumasız değildir. Çocuk düşürtme, çocuk düşürme gibi suçlarla koruma altına alınmıştır³¹. Suçun hukuki konusu birden fazla olduğunda, kanun koyucu üstünlük tanıdığı değere göre suçu kanunun o değer korunduğu bölümünde düzenler³². Çocuk düşürtme suçu da TCK'nın kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenmiştir.

1.4. Kişilik

Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesinde “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder*” hükmüne yer verilmiştir. Kişiliğin başlangıcı geciktirici şarta bağlanmış, sağ ve tam doğum gerçekleştiği takdirde kişiliğin kazanılacağı, dolayısıyla hak ehliyetine³³ sahip olunacağı hüküm altına alınmıştır³⁴. Gebe kadın karnındaki ceninin kişi sıfatını kazanabilmesi için tam ve sağ doğumun gerçekleşmesi gerekir³⁵. Kişiliğin başlaması için iki şartın birlikte tamamlanması gerekir. Bunlardan birincisi tam doğumdur. Tam doğum, çocuğun ana rahminden tamamıyla ayrılması ile gerçekleşir. Göbek kordonunun kesilmemiş olması tam doğumun gerçekleşmesine engel değildir. İkinci şart ise sağ doğumdur. Sağ doğum, çocuğun ana rahmi dışında, anadan bağımsız olarak, kısa da olsa bir süre yaşama belirtileri göstermesini ifade eder. Nefes alıp verme, kalbin atışı, hareket etme gibi filler yaşam belirtisidir. Yaşama kabiliyeti

³¹ GÜNEY TUNALI, Işıl, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Hekimlerin, Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2015, s. 21.

³² CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide; ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 2. Baskı, Cilt 1, Beta Yayınları, İstanbul, Mart 2011, s. 8.

³³ TMK'nın “Hak Ehliyeti” başlıklı 8. maddesi hükmü “*Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmadaki eşittirler.*” şeklindedir. Bkz. YAVUZ, a.g.e., s. 6.

³⁴ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 11-13.

³⁵ KİTAPÇIOĞLU, Tülay, “Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, Sayı 1, 2012, s. 298.

bulunmasa bile, başka deyişle ilerde yaşama ihtimali bulunmasa bile, tam ve sağ doğum gerçekleşirse hak ehliyeti kazanılır. Cenin hak ehliyetini, tam ve sağ doğum gerçekleştiği takdirde geçmişe dönük olarak, kanunun ifadesiyle ana rahmine düştüğü andan başlayarak, kazanır³⁶.

Kadın rahmi dışında, tüp bebek yöntemi uygulanırken meydana getirilen embriyolar TMK m. 28 hükmü gereği henüz kadın rahmine düşmediği için kişilik kazanmamıştır. Büyükay'a göre Medeni Kanun hükmünü geniş yorumlayarak, kadın rahminde yer almayan embriyonun kişi sıfatını kazanıp hak ehliyeti sahibi olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Kanun lafzı açıktır, bu konuda kanunda boşluk vardır. Bu embriyolar kadın rahmine yerleştirildikleri andan itibaren, tam ve sağ doğum gerçekleştiği takdirde, kişilik kazanırlar³⁷.

Ertuğrul'a göre TMK'nın 28. maddesinde³⁸ kişiliğin başlangıcı olarak ana rahmine düşme anının esas alınması hatalıdır. Çünkü gebelik, zigotun kadın rahmine tutunup yerleşmesi ile başlar fakat gebelik süresi geçmişe dönük olarak yumurtanın oluşmaya başladığı an itibariyle hesap edilir. Zigot kadın rahmine yerleşmedikçe cenin sıfatını kazanamaz, TCK anlamında gebelik söz konusu olmaz, bu sebeple de çocuk düşürtme suçundan bahsedilemez. Kaldı ki rahme düşen yumurtaların bir kısmı atılmaktadır. Gebelik, rahme düşme anında değil, rahme yerleşme anında başlar. Sonuç olarak kişiliğin başlangıcı olarak ana rahmine yerleşme anının veya gebeliğin başlangıç anının esas alınması daha doğrudur³⁹. Hakeri'ye göre gebelik başlangıcı ana rahmine düşme anı olarak kabul edilmelidir, şüphe olduğu takdirde

³⁶ ÖZSUNAY, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, Filiz Kitabevi, Garanti Matbaası, İstanbul – Beyazıt, 1970, s. 11-16.

³⁷ BÜYÜKAY, a.g.e., s. 15.

³⁸ Madde metninde “*çocuk*” terimi ile ifade edilmek istenen aslında cenindir. Bkz. ERTUĞRUL, a.g.e., s. 84.

³⁹ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 13.

de lehe olan bu an esas alınmalıdır⁴⁰. Dönmez'e göre ceninin varlığının başlangıç anının belirlenmesi tıp biliminin konusudur⁴¹.

Kanaatimizce potansiyel kişiliğin başlangıcına ilişkin kanunda net bir ifade kullanılmaktan kaçınılmalıdır. “Yerleşme anı” veya “düşme anı” şeklinde bir düzenleme yerine, “gebeliğin başlangıç anı” şeklinde bir düzenleme daha yerinde olacaktır. Potansiyel kişiliğin başlangıcı olarak esas alınan zaman gebeliğin başlama anıdır, “yerleşme anı” veya “düşme anı” ifadeleri de gebeliğin başlangıcının bu olduğu kabul edilerek kullanılan ifadelerdir. Dönmez'in, ceninin varlığının başlangıç anını, dolayısıyla gebelik başlangıç anını belirleme sorununun tıp biliminin çözmesi gerektiği şeklindeki görüşüne katılmaktayız. Bilim her geçen gün ilerlemektedir. Tıp biliminde bugün doğru kabul edilen olgunun, ilerleyen zaman diliminde yanlış olduğu anlaşılabilir. Aynı şekilde bugün yanlış zannedilen olgunun doğru olduğu da anlaşılabilir. Bu sebeple kanun koyucu kişiliğin tam ve sağ doğumla “gebeliğin başladığı an” itibariyle kazanılacağını düzenlemekle yetinmeli, gebeliğin başlangıç anını tespit etme sorununu tıp bilimine bırakmalıdır. Büyükay, kadın rahminde yer almayan embriyonun kişi sıfatına ve hak ehliyetine sahip olmayacağını belirtmiş ise de bu ifadede terim karmaşası göze çarpmaktadır. Rahme yerleşmeden önce zigot olarak adlandırılan organizma rahme yerleşme sonucu embriyo olarak adlandırılmaktadır. Rahme yerleşmeden önce var olan organizma kişilik kazanamaz. Potansiyel kişilik başlangıcının, TMK'nın 28. maddesinin açık hükmü gereği, rahim öncesi organizmanın bulunduğu döneme çekilmesi mümkün değildir. Cenin henüz kişilik kazanmamış, kişilik potansiyeline sahip varlıktır. Tam ve sağ doğum gerçekleştikten sonra, kanunun ifadesiyle ana rahmine düştüğü andan itibaren kişi olarak kabul edilecektir. Gebe kadın rahmini terk etmeden kişi sıfatı kazanamaz ve bunun sonucu olarak da kadın rahminde bulunan cenine karşı işlenen suçlar kişiye karşı işlenmiş kabul edilemez. Cenin kişi sıfatına sahip olmadığından kişilere karşı işlenebilecek öldürme ya da yaralama gibi suçların mağduru da olamaz. Çocuk düşürtme suçu teşebbüs aşamasında kalırsa, doğum gerçekleştikten sonra cenin kişi

⁴⁰ HAKERİ, a.g.e., s. 861.

⁴¹ DÖNMEZ, a.g.e., s. 106.

sıfatını kazanacak, suç gerçekleşirse kişi sıfatını kazanamadan potansiyel kişi olarak yok olacaktır. Bu sebeple çocuk düşürtme suçunun kanun koyucu tarafından TCK'nın kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenmesi uygun olmamıştır.

1.5. Gebeliğin Sonlandırılması, Kürtaj

Gebelik, dişinin yumurtası ile erkek sperminin dölleniş sonucunda oluşan zigotun rahim içine yerleştiği nidasyon anı ile başlayıp, doğumla sona eren süreci ifade etmektedir. Gebeliğin sonlandırılması, cenin ile gebe kadın arasındaki yaşamsal bağın koparılmasıdır⁴². Gebelik her ne kadar zigotun rahme yerleşmesi ile başlasa da, gebelik süresi geçmişe dönük olarak yumurtanın oluşması anından itibaren hesap edilmektedir. Rahme yerleşen zigotun kadından beslenmesi ile gebelik hormonu seviyesi artar, böylece geçmişe yönelik olarak gebelik süresi yumurtanın ilk oluştuğu andan itibaren hesap edilir⁴³.

Dünya Sağlık Örgütü tarafından gebeliğin sonlandırılması durumu “*düşük*” terimi ile ifade edilmekte, düşük kendi içinde isteyerek düşük ve kendiliğinden düşük olarak ikiye ayrılmaktadır. Kendiliğinden düşük, dışarıdan müdahale olmaksızın meydana gelen düşüktür. İsteyerek düşük durumunda ise dışarıdan müdahale söz konusudur. İsteyerek düşüğün tıbbi olmayan yöntemlerle veya tıbbi yöntemlerle yapılması mümkündür⁴⁴.

Günlük dilde daha çok kürtaj⁴⁵ olarak bilinen gebeliğin sonlandırılması işlemi kürtajdan daha dar bir anlama sahiptir. Kürtaj (küretaj) tıbbi bir terim olarak rahim

⁴² GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2013, s. 608.

⁴³ IMLER, WILBANKS, a.g.e., s. 9-11.

⁴⁴ ÇOKAR, Muhtar, Kürtaj, 1. Basım, Babil Yayınları, İstanbul, 2008, s. 20-29.

⁴⁵ Sözlük anlamı “*Döl yatağının içini kazıyıp cenini alma işi*” olarak belirtilmiştir, (Çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59ca9902065eb6.58228969, 26 Eylül 2017.

taahliyesini, başka deyişle dölyatağının temizlenmesini⁴⁶, ifade etmektedir. Kürtaj yalnızca gebeliği sonlandırmak için yapılmamakta, düşük yapan kadının rahmi içinde cenine ait kalan parçaları temizlemek veya uzun süre adet gören kadının rahmini temizlemek için de yapılmaktadır. Gebeliği sonlandırmaya yönelik kürtaj dışında başka amaçlarla yapılan kürtaj işlemlerinin çocuk düşürtme suçunu ilgilendiren bir yönü bulunmamaktadır⁴⁷. Gebelik tıbbi yollarla veya tıbbi olmayan yollarla sona erdirilebilir. Tıbbi olmayan yollarla, doğal olarak kendiliğinden düşük yapmak suretiyle veya müdahale sonucu gebelik sona erdirilebilir. Tıbbi yollarla ise, ilaç kullanma yöntemiyle veya cerrahi müdahale yöntemleri olan kürtaj ya da vakumlama yöntemleriyle gebelik sona erdirilebilir⁴⁸.

Dönmez'e göre, kanun koyucu aynı konuyu ifade etmek için TCK'da "*Çocuk Düşürtme*", NPHK'da "*Gebeliğin Sonlandırılması ve Sterilizasyon*", RTSHYDİT'de ise "*Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon*" ifadesini kullanmıştır. NPHK ile RTSHYDİT'de kadının yasal olarak gebeliği sonlandırması, TCK'da ise yasal olmayan gebeliğin sonlandırılması işlemi düzenlenmiştir. Farklı ifadelerle aynı konu düzenlenmiş, terim birliği sağlanmamıştır. Terim olarak "*Gebeliğin sonlandırılması*" ifadesini kullanmak yerinde olacaktır⁴⁹. Ertuğrul'a göre, "*çocuk*" terimi TCK'da "*henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi*" olarak tanımlanmıştır, TCK m. 99 kapsamında düşürtülen çocuk değildir. Cenin henüz kişilik kazanmamış bir varlıktır. Cenin sıfatı varken doğum gerçekleşmemiş olduğundan ceninin ölmesi de söz konusu olmaz. Bu açıdan "*düşme*" terimi daha yerindedir. Fakat "*cenin düşürtme*" de terim olarak yerinde olmayacaktır, çünkü cenin gebeliğin sadece bir kısmını ifade eder. En doğru ifade "*gebeliğin sonlandırılması*", "*gebeliğe son verilmesi*" veya "*gebeliği sona erdirmeye*" olacaktır. "*Gebeliğin durdurulması*" da doğru bir terim değildir. Burada gebelik sona erdirilmekte, tamamen ortadan kaldırılmaktadır.

⁴⁶ SANCAR, Türkan Yalçın, Türk Ceza Hukukunda Kadın, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2013, s. 230.

⁴⁷ DÖNMEZ, a.g.e., s. 104; ÇOKAR, a.g.e., s. 19-21.

⁴⁸ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 18-23.

⁴⁹ DÖNMEZ, a.g.e., s. 107.

Gebeliğin bir süre durup devam etmesi söz konusu değildir⁵⁰. TCK m. 6/1-b bendinde “*çocuk*” teriminin tanımı yapılmıştır. Bu tanım ceninin karşılığı değildir, cenini kapsamamaktadır⁵¹. Güney Tunalı da “*gebelik sonlandırması*” ifadesinin kullanılması gerektiğini, suçun konusunun cenin olduğunu, NPHK’da “*gebeliğin sona erdirilmesi*” ifadesinin yer aldığını belirtmektedir⁵². RTSHYDİT’de kullanılan “*rahim tahliyesi*” terimi, cenin yaşamsal fonksiyonlarını kaybettikten sonra, başka deyişle kadın düşük yaptıktan sonra, rahimde kalan parçaları temizlemeyi de ifade ettiğinden, gebeliğin sonlandırılmasından daha geniş bir anlama sahiptir⁵³. Hukuken gebeliğin sonlanması için ceninin kadınlıkla olan yaşamsal bağının kopartılması yeterli olup, bu durum rahim içindeyken ceninin yaşamsal fonksiyonlarını yitirmesinin sağlanması suretiyle de gerçekleştirilebilir⁵⁴. Rahimde yaşamsal fonksiyonlarını yitiren ceninden kalan parçaların temizlenmesine yönelik kürtaj işlemi TCK m. 99 suçunu oluşturmaz. Gebeliğin sonlandırılmasına yönelik fiil esnasında ceninin rahimde yaşamsal fonksiyonlarını devam ettirdiğinin kesin olarak belirlenmesi gerekir⁵⁵. Yılmaz’a göre, öldürme suçu ile çocuk düşürtme suçu benzer suçlardır.

⁵⁰ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 84-85.

⁵¹ HAKERİ, a.g.e., s. 859.

⁵² GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 126.

⁵³ DÖNMEZ, a.g.e., s. 104; ÇOKAR, a.g.e., s. 19-21.

⁵⁴ ÖZBEK, Veli Özer; KANBUR, Mehmet Nihat; DOĞAN, Koray; BACAKSIZ Pınar; TEPE, İlker, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2013, s. 293-294.

⁵⁵ Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin 2015/525 Esas – 2018/283 Karar sayılı ilamı ile onanan Malatya 1. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2010/175 Esas – 2013/71 Karar sayılı ilamı; “... *Malatya Cumhuriyet Başsavcılığının iddianamesiyle müşteki Canan Ç...’ın eşi olan sanık Tahsin Ç...’ın zorlaması ile jinekolog olan diğer sanık Turgut S...’nin muayenehanesine 06/04/2009 tarihinde gittiği, doktorun kendisine ilaç verip vajinal olarak ilaç kullandığı, 07/04/2009 tarihinde eşi ile birlikte yeniden aynı muayenehaneye gidip tuvalette düşürüldüğü iddia olunan bebekten kalan parçaların küretaj yapılarak alındığı ve gebeliğin 14 haftalık olduğu, müşteki ile sanık Tahsin Ç...’nin arasında Malatya 1. Aile Mahkemesinin 2009/258 esas sayılı dosyası üzerinden o dönemde boşanma davalarının olduğu, bu nedenle hamileliğe son verilmesi konusunda işlem yapıldığı, müştekinin kürtaj konusunda rızasının olmadığı, ancak kendisine bir belge imzalatıldığı, sanık Turgut S...’nin ise hastanın ilk müracaatında 12. hafta ile uyumlu gebelik tespit edildiğini, ve kürtaj işlemi yapılmadan gönderildiği, hamile olan müştekinin sonraki hafta müracaatı esnasında gebeliğinin missed abortus olması nedeniyle düşük tamamlandıktan sonra revizyon kürtaj işleminin yapıldığını ifade ettiği, İnönü Üniversitesi Turgut Özal Tıp Merkezi Kadın Doğum Anabilim Başkanlığının raporuyla 10+6 haftalık ölü fetüsün tahliye edildiği kanaatinin iletildiği, söz konusu olaydan dolayı müştekinin ruh sağlığının etkilendiğinin ortaya konulduğu, ancak yargılama sırasında İstanbul ATK 6. İhtisas Kurulunun 05/10/2012 tarihli raporuyla dosya içinde bulunan tüm bilgi, belge ve raporlar incelenerek 06/04/2009 tarihinde*

Cenine gebe kadın karnında müdahale olmaz ise doğum sonucu kişilik kazanacaktır. Doğumdan kısa süre önce, rahimde iken müdahale sonucu ölen cenin çocuk düşürtme suçunun konusu olurken, doğum sonrası kişilik kazanan cenin insan öldürme suçunun konusu haline gelmektedir. Bütün organları oluşan ceninin kadın rahminde olması veya dışarda olması arasında önemli bir fark yoktur. İkisi arasındaki tek sınır doğumdur. Kanun gebe kadın rahminde bulunan cenine kişilik vermeyerek yaşam hakkı tanımamaktadır. Kanun koyucu bu sebeple “öldürmek” terimi yerine “düşürtmek” terimini kullanmayı tercih etmiştir⁵⁶.

Kanaatimizce “küretaj” yalnızca gebeliği sonlandırmak amacıyla kullanılan bir yöntem olmaması sebebiyle, “çocuk” terimi ise doğumdan önce rahimde yer alan ceninin karşılığı olmaması sebebiyle suçu ifade etmek için uygun terimler değildir. Gebelik, zigotun rahme yerleşme anından doğuma kadar olan andır. Gebelik süresi ise rahme yerleşme anından itibaren hesap edilebilir hale gelmekte ve yumurtanın ilk oluştuğu andan başlatılmaktadır. Zigotun rahme yerleşmesi ile embriyo oluşur ve gebeliğin dokuzuncu haftasından itibaren cenin sıfatı kazanılır. Her ne kadar hukuk literatüründe gebeliğin başlangıcından sonuna kadar rahimde yer alan organizma “cenin” terimi ile ifade ediliyor olsa da, tıp biliminde cenin gebelik süresinin

mağdurun bulunduğu olay nedeniyle ceninin küretaj işlemi sırasında ve öncesinde sağ olup olmadığı sorulan müşteki hakkında düzenlenen 25/03/2009 tarihli Gözde Kışla Tıp Merkezinde yapılan muayenede 12 hafta ile uyumlu normal sağlıklı gebelik tespit edildiği, aynı tarihli isimsiz imzasız belgede de 12 haftalık gebelik tespit edildiğinin kayıtlı olduğu, 02/04/2009 tarihli doktor isimsiz imzasız belgede ise 10 haftalık ölü gebelik tanısı konulduğunun belirtildiği, dava dosyasındaki beyanlarda 06/04/2009 tarihinde ilaç kullanıldığı ve 07/04/2009 tarihinde küretaj yapıldığı iddia edilmiş ise de ilacın tür ve kullanıldığına dair herhangi bir tıbbi belge bulunmadığı dolayısıyla küretaj işlemi öncesinde bebeğin canlı olmadığını ve işlemin tıbbi gerekçelerle yapıldığının kabulünün uygun olduğunun sonuç olarak belirtildiği, bu rapor dikkate alındığında isnat edilen eylem sırasında ceninin canlı olduğuna dair kesin bir verinin ortaya konulmadığı, müşteki tarafından alınan ve doktor sanık tarafından verildiği kesin olarak tıbbi bir belge ile kanıtlanamayan ilaç kullanımı sonrasında doktorun gerçekleştirdiği küretaj işlemi öncesinde bebeğin canlı olmadığını kabul edilmesi gerektiği, bu haliyle müşteki hakkında ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin rapor alınmasının sonuca etkili olmadığını, ceza yargılamasında en küçük bir şüphe bulunması halinde dahi sanık lehine değerlendirilmesi gerektiği tıbbi olarak düzenlenen rapor hilafına kati bir delilin ortaya konulmadığı, olasılık hesaplarına dayalı olarak sanıkların cezalandırılmasının mümkün olmadığı anlaşılacakla sanıkların rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürtme ve çocuk düşürtme sonucu kadının beden veya ruh sağlığı bakımından zarara uğramasına neden olma suçlarından dolayı CMK 223/2-e maddesi gereğince her iki sanığın ayrı ayrı beraatine dair aşağıdaki hüküm tesis edilmiştir ...” şeklindedir.

⁵⁶ YILMAZ, a.g.e., s. 87-88.

tamamında rahimde yer alan organizmanın karşılığı değildir. Zigotun rahme yerleşmesini önleyen ertesi gün hapı kullanımı, zigotun rahim dışına yerleşmesi sonucu meydana gelen dış gebelik durumu ya da zigotun rahme yerleşmesinden önce gebe kadına karşı işlenen gebeliğin sonlandırılmasına yönelik fiiller, henüz cenin sıfatı kazanılmadığından çocuk düşürtme suçuna (TCK m. 99) sebebiyet vermeyecektir. Suç, gebeliğin başladığı rahme yerleşme anından doğumun gerçekleştiği ana kadar, tıbben embriyo ve cenin döneminde, kadın rahminde yer alan varlığın kadınla arasındaki yaşamsal bağına son vermek suretiyle tamamlanmaktadır. Cenin kişi sayılmadığından ölmesi de söz konusu değildir. Bu sebeple her ne kadar “*düşme*” yerinde bir ifade olsa da, cenin dönemi gebeliğin tamamını ifade etmediğinden “*cenin düşürtmek*” yerinde bir terim olmayacaktır. “*Gebeliğin sonlandırılması*” veya “*gebeliğe son verme*” suçun ifade edilebileceği terimlerdir. “*Gebeliğin durdurulması*” terimi ise, TCK m. 99’da gebeliğin durdurulup sonrasında devam etmesinin söz konusu olmaması, aksine gebeliğin tamamen sonlandırılması ile suçun tamamlanması söz konusu olduğundan yerinde değildir, Ertuğrul’un görüşüne katılmaktayız. Sonuç olarak TCK m. 99 ile düzenlenen suçun “*gebeliğin sonlandırılması*” veya “*gebeliğe son verme*” olarak ifade edilmesi yerinde olacaktır.

2. TARİHSEL GELİŞİM

2.1. Genel Olarak

Gebeliğin sonlandırılması, TCK’nın ifadesiyle “*Çocuk Düşürtme Suçu*”, geçmiş tarihi köklü olan bir suçtur, ilkel toplumlarda da suç olarak düzenlenmiştir. Fakat ilkel toplumlarda gebe kadın ve eşinin cenin üzerinde mutlak tasarruf hakkı bulunmaktadır. Gebeliğin gebe kadın veya eşi tarafından sonlandırılmasının cezai yaptırımını yoktu. Ceninin gebe kadın ile yaşam bağını koparmak için gebe kadının sağlığı açısından o dönemin tıbbi bilgileri çerçevesinde ciddi tehlike arz eden rahim tahliyesi yöntemi kullanılmamakta, doğum gerçekleşikten sonra yeni doğan çocuk

öldürülmektedir. Dönmezer'e göre yeni doğan çocuğu öldürmeye adam öldürmeden az ceza verilmesi ilkel dönemlerden kalma düzenlemelerin devamı niteliğindedir⁵⁷.

Milattan önce 2000 yıllarında Hammurabi Kanunları'nda hür gebe kadının gebeliğine son verme karşılığında kısas öngörülmüş, fiili işleyenin çocuğunun öldürülmesi cezası verilmiştir⁵⁸. Hammurabi Kanunu § 209'da⁵⁹ para cezası, § 210'da⁶⁰ ölüm cezası, § 211, § 212, § 213, § 214'de⁶¹ ise para cezaları öngörülmüştür. Gebe kadının bulunduğu sınıfa göre farklı cezalar düzenlenmiştir.

Asur Hukukunda, Orta Asur Kanunu § 21'de⁶² çocuk düşürtme suçu karşılığı çalışma cezası verilmiştir. § 50'de⁶³ bir erkek kadını döverek gebeliğin sonlanmasına neden olmuşsa fiili işleyen erkeğin karısının gebeliğinin sonlandırılması, dövülen kadın ölmüşse fiili işleyen erkeğin öldürülmesi cezası öngörülmüştür⁶⁴. Gebe kadının

⁵⁷ DÖNMEZER, Sulhi, "Çocuk Düşürmenin ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 50, sayı 1-4, 1984, s. 4.

⁵⁸ YARSUVAT, Duygun, "Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 48-49, sayı 1-4, 1982-1983, s. 451.

⁵⁹ Hammurabi Kanunu § 209; "Eğer bir bey, bey sınıfından bir kimsenin kızını döver ve içindekini attırırsa (çocuğunu düşürtürse) içindeki için on şekel gümüş ödeyecektir." şeklindedir. Bkz. TOSUN, Mebrure; YALVAÇ, Kadriye, Sumer Babil Assur Kanunları ve Ammi-Şağuda Fermanı, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1989, s. 206.

⁶⁰ Hammurabi Kanunu § 210; "Eğer o kadın ölürse (vuranın) kızını öldüreceklerdir." şeklindedir. Bkz. TOSUN, YALVAÇ, a.g.e., s. 206.

⁶¹ Hammurabi Kanunu § 211; "Eğer muskenum sınıfından bir kadının vurma yüzünden çocuğu düşürtülürse, 5 şekel gümüş ödeyecektir" şeklinde, § 212; "Eğer o kadın ölürse 1/2 MANA gümüş ödeyecektir." şeklin, § 213; "Eğer bir beyin kadın kölesini dövüp, içindekini attırırsa (çocuğunun düşürmesine sebep olursa) 2 şekel gümüş ödeyecektir." şeklinde, § 214; "Eğer o kadın köle ölürse 1/3 MANA gümüş ödeyecektir." şeklindedir. Bkz. TOSUN, YALVAÇ, a.g.e., s. 206.

⁶² Orta Asur Kanunu § 21; "Eğer bir adam, bir adamın kızını döver ve içindekini attırırsa (çocuğunu düşürtürse) onu suçlayıp, ispat ederlerse 2 biltu (talent) 30 mana kalay verecek, sopayla 50 defa vuracaklar, bir bütün ay kralın işini yapacaktır." şeklindedir. Bkz. TOSUN, YALVAÇ, a.g.e., s. 248.

⁶³ Orta Asur Kanunu § 50; "Eğer bir adam, (diğer) bir adamın karısını döver ve çocuğunu düşürtürse, çocuğu düşürtten adamın karısına çocuk düşürtecekler. Adamın karısına yaptığını ona da yapacaklar. Cenin için bir can ödenecek. Eğer ilk çocuğu düşen kadın ölürse (döven) adamı öldürecekler, Cenin için can ödeyecektir. Eğer o kadının kocasının oğlu yoksa ve onun karısını dövdülerse ve bundan dolayı çocuğunu attıysa (düşürdüyse), onu döveni öldürecekler ve eğer düşen kız çocuğu ise (yalnız) can ödeyecektir." şeklindedir. Bkz. TOSUN, YALVAÇ, a.g.e., s. 255.

⁶⁴ AVCI, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2.Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, Ekim 2014, s. 175.

isteyerek gebeliğe son vermesi durumunda ise, § 53'de⁶⁵ belirtildiği üzere, gebe kadına ölüm cezası öngörülmüştür. Ayrıca, tahminen ibret olsun diye, kadının gömülmeyeceği de hüküm altına alınmıştır⁶⁶. § 51'de⁶⁷ para cezası, § 52'de⁶⁸ ise kısas cezası verilmiştir.

Antik Yunan Hukukunda ceninin rahimde hayat kazandığı andan itibaren cenine karşı işlenen fiiller ölüm cezası ile yaptırım altına alınmış, cenin hayat kazanmadan ona karşı işlenen fiillere karşı ise cezai yaptırım öngörülmemiştir⁶⁹. Bu durum Hipokrat yeminine⁷⁰ de yansımış, hekimlere gebe kadına çocuk düşürmek için yardımcı olmamak konusunda yemin ettirilmiştir. Erkek ve kız ceninlerin farklı süreler sonunda ruh sahibi olduğu, hareket etmeye başlamalarının ise bu sürelerden de sonra gerçekleştiğine inanılmış, ceninin hareket etmeye başladığı andan sonra gebeliğin sonlandırılması yasaklanmıştır⁷¹. Fakat bu düzenlemelere rağmen uygulamada gebeliğin sonlandırılmasına sıradan bir yöntem şeklinde rastlanılmıştır⁷².

⁶⁵ Orta Asur Kanunu § 53; “Eğer bir kadın kendi kendine (isteyerek) bir çocuk düşürürse onu itham ve ispat ederlerse kazığa çakacaklar, onu gömmeyeceklerdir. Eğer çocuğunu düşürme sırasında ölürse, onu kazığa çakacaklar ve gömmeyecekler...” şeklindedir. Bkz. TOSUN, YALVAÇ, a.g.e., s. 255.

⁶⁶ DUYMUŞ, Hande, “Çivi Yazılı Kanun Metinlerinde Kadınlara Ait Suç ve Cezalar”, Uluslararası – Disiplinlerarası Kadın Çalışmaları Kongresi, Kongre Bildirileri 3. Cilt, Sakarya Üniversitesi Basımevi, Sakarya, 2009, s. 79.

⁶⁷ Orta Asur Kanunu § 51; “Eğer bir adam çocuk büyütmeyen (önceden hiç çocuğu olmayan) bir adamın karısını döver ve çocuğunu düşürtürse ceza şudur: 2 biltu (talent) kalay verecektir.” şeklindedir. Bkz. TOSUN, YALVAÇ, a.g.e., s. 255.

⁶⁸ Orta Asur Kanunu § 52; “Bir adam, bir fahişeyi döverse ve çocuğunu düşürtürse, darbeye darbe (ne kadar vurduysa, o kadar vuracak) atacak ve bir can ödeyecektir.” şeklindedir. Bkz. TOSUN, YALVAÇ, a.g.e., s. 255.

⁶⁹ DÖNMEZER, a.g.e., s. 4-5.

⁷⁰ Hipokrat yemininin konu ile ilgili kısmı; “...Gücüm yettiğince bütün yaşamımda hastaların iyiliği için uğraşacağım. Onlara zarar veren ve kendilerine kötülük yapmaya götüren şeylerden uzaklaşmalarını önereceğim. Benden öldürücü bir ilaç istendiğinde ne vereceğim ne de buna benzer bir şeyi tavsiye edeceğim. Yine aynı şekilde gebe kadınlara cenini düşürmeleri için ilaç vermeyeceğim...” şeklindedir. Bkz. ALTUNER, İlyas, “Hipokrat Yemini”, Iğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 7, Nisan 2015, s. 4.

⁷¹ ÇOKAR, a.g.e., s. 68-71.

⁷² YARSUVAT, a.g.e., s. 452.

Antik Roma Hukukunda gebe kadın ve eşin rızası ile gebeliğin sonlandırılması cezalandırılmamıştır. Gebe kadın, eşinin rızası olmadan gebeliği sonlandırmış ise sürgün cezası, fiil hırs saiki ile gerçekleştirilmişse ölüm cezası ile cezalandırılmıştır⁷³.

Musevilikte ceninin kadının parçası olduğu, yaşamın doğum sonrası başladığı kabul edilir. Gebe kadının yaşamı tehlikedeysse gebeliğe son vermek mümkündür⁷⁴.

Hristiyanlığın ortaya çıktığı dönemde, Antik Yunan dönemine benzer şekilde ceninin yaşamsal fonksiyonlara sahip olup olmamasına göre farklı cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Yaşamsal fonksiyonları olduğu dönemde cenine karşı işlenen suçlar ölüm cezasına kadar varan ağır yaptırımlar altına alınmış, yaşamsal fonksiyonları olmadığı dönemde ise para ve hapis cezası yaptırımları verilmiştir⁷⁵. Ortaçağ Katolik Kilisesi ve Protestan Kilisesi ruh kazanma anını esas almış, ruh kazanma anından sonra gebeliğin sonlandırılması yasaklanmıştır. 1869 yılında Papa'nın görüşü gebeliğin sonlandırılmasının istisnasız yasaklanması yönünde olmuştur⁷⁶.

İslam Hukukunda, cenin ruh verilme anından itibaren canlı bir birey olarak kabul edilmektedir. Gebelik çeşitli dönemlerden oluşmaktadır. Birinci dönem olan Nutfe dönemi, döllenmiş yumurta yani zigot dönemini ifade eder. İkinci dönem olan Alaka dönemi, döllenmiş yumurtanın rahime tutunma ve yapışma dönemini ifade eder ki tıp biliminde bu dönem nidation veya implantation olarak ifade edilmektedir. Fakat Tıp biliminde kullanılan terimler bitkinin kök salması anlamındadır, oysa rahim duvarına yapışan döllenmiş yumurta yukarıdan aşağı asılı haldedir ve duvara sarmaşık gibi yapışıp liflerini salarak kan emer. Sarmaşık da asalak türde bir bitki olarak ağaç diplerinden besleyici sıvıyı emer. Kur'an'da kullanılan alaka terimi, bu dönemde rahimde tutunan döllenmiş yumurtanın alak kökünden türeyen sarmaşık bitkisine benzemesi sebebiyle daha yerinde bir terimdir. Bu dönem gebeliğin

⁷³ DÖNMEZER, a.g.e., s. 5.

⁷⁴ ÇOKAR, a.g.e., s. 65.

⁷⁵ DÖNMEZER, a.g.e., s. 5.

⁷⁶ ÇOKAR, a.g.e., s. 69-70.

dördüncü haftasına denk gelmektedir. Üçüncü dönem olan Mudğa dönemi, gebeliğin dördüncü haftasında beden kütesinin oluşmaya başlaması anından kemiklerin belirdiği ana kadar olan süreçtir. Bu üç dönemin kaç günde tamamlandığı konusunda yüzyirmi gün ve kırk gün olmak üzere iki farklı görüş mevcuttur. Erken dönem bilginleri yüzyirmi gün, çağdaş dönem bilginleri ise genel olarak kırk gün olarak kabul etmektedir ki tıp bilimi verileri dikkate alındığında kırk günde tamamlandığı görüşü daha doğru gözükmetedir. Cenin, ruh verilme anına kadar birey kabul edilmez, ruh verildikten sonra hak ehliyetine sahip olur⁷⁷. İslam Hukukunda cenin ruh kazanmadan önce gebeliğin sonlandırılması günah-ı kebir⁷⁸ sayılmış, ruh kazandıktan sonra gebeliğin sonlandırılması ise cinayet sayılmış ve cezalandırılmıştır. Fakat tıbbi zorunluluk durumunda gebeliğin sonlandırılması, ceninin ruh kazanma anına kadar, mümkündür. Tıbbi zorunluluk halleri gebe kadının sağlığı, ceninin gebe kadının karnında ölmesi, yeni doğmuş çocuğunu emziren gebe kadının sütten kesilmemesini sağlama gibi hallerdir. Gebeliğin sonlandırılması karşılığı olarak gurre cezası, tazir, diyet, kefare⁷⁹ yaptırımları öngörülmüştür⁸⁰. Kur'an'da gebeliğin sonlandırılmasına yönelik doğrudan bir düzenleme bulunmasa bile genel olarak ayetlerden çıkartılan sonuç meşru bir neden olmaksızın gebeliğin sonlandırılmasının yasak olduğudur. Kur'an'da gebe kadın rahminde ceninin yaratılış dönemlerine ilişkin açıklamalar mevcuttur fakat ruh kazanma anına ilişkin bir açıklama yoktur. Bu sebeple islam hukukçuları arasında ruh kazanma anına dair yüz yirmi gün ve kırk gün olmak üzere iki farklı görüş oluşmuştur. Ruh kazanmadan önce ceninin iradesi yoktur, bitki gibi beslenip gelişme eğilimindedir. Ruh kazandıktan sonra ise irade ve his sahibi olur ve bu aşamadan sonra gebeliğin

⁷⁷ TÜFEKÇİ, İbrahim, "İslam Hukukuna Göre Gebeliğin Sonlandırılması", Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt-Sayı 45, Eylül 2013, s. 113-127.

⁷⁸ Günah Allah'ın emirlerine aykırı işi ifade etmekte "Günah-ı Kebir" Osmanlıca "Büyük Günah" anlamına gelmektedir. Bkz. DEVELLİOĞLU, a.g.e., s. 357-600.

⁷⁹ Osmanlıca sözlük anlamları; "Gurre: Aklık", "Diyet: Kan bahası", "Kefaret: Günaha karşı olmak üzere yapılan veya tutulan şey", "Tazir: Suçluyu suçuna göre sözle tekdir etme" şeklindedir. Bkz. DEVELLİOĞLU, a.g.e., s. 224-1248; "Gurre: Parlaklık, Işıldama", "Diyet: Öldürülen veya yaralanan bir kimse için bu işi yapanın ödemesi gereken mal", "Kefaret: Bir günaha karşı tutulmak üzere yapılan şey veya verilen nesne", "Tazir: Tekdir etme, Azarlama" şeklindedir. Bkz. ÖZÖN, a.g.e., s. 176-822.

⁸⁰ AVCI, a.g.e., s. 186-195.

sonlandırılması haram⁸¹ kabul edilir, cinayet sayılır⁸². İslam Hukukunda ceninin rahimden ayrılması halinde suç oluşur, rahimden ayrıldıktan sonra ceninin yaşamsal fonksiyonlarının devam edip etmediği önem arzetmez, sadece cezalar değişir. Gebe kadına yönelen fiil ile cenine zarar verilerek varlığına son verilmesi durumunda dahi, cenin rahimden ayrılmadığı takdirde çocuk düşürtme suçu oluşmaz. Bu durumda rahimden ayrılmayan yaşamsal fonksiyonu sonlanmış ceninin fiil öncesi yaşamsal fonksiyonlarının devam edip etmediğinin tespit edilmesi gereklidir. Gerçekleştirilen fiil sonucu rahimde yaşamsal fonksiyonlarını kaybettiği tespit olunursa failin cezalandırılması yoluna gidilir. Ceza olarak ceninin diyeti olan bir köle veya cariye değeri beş deve vermek gerekir. Gurre İslam Hukukunda beş deve olarak tespit edilmiştir. Yaşamsal fonksiyona sahip olmaksızın rahimden çıkartılan ceninin erkek veya kız olması gurre miktarını etkilemez. Fakat düşen cenin sayısınca gurre cezası verilir. Ceninin yaşamsal fonksiyona sahip şekilde rahimden çıkartılıp, buna neden olan fiil sebebiyle yaşamsal fonksiyonlarını rahim dışında kaybetmesi durumunda ise erkek cenin için yetişkin erkek diyetinin yarısı, kız cenin için ise yetişkin kadın diyetinin yarısı ceza verilir. Yine düşen cenin sayısınca ceza verilir⁸³. Zina sonucu oluşan gebeliğe İslam Hukuku'na göre son vermek mümkün değildir. Zina suç olsa da, cenin masumdur. Evlilik dışı oluşması hayat hakkına sahip olmadığı anlamına gelmez. Tecavüz sonucu oluşan gebelikler açısından, müdahaleyi hukuka uygun kabul eden ve etmeyen iki farklı görüş vardır. Bosna Savaşı döneminde, Bosna Hersek'te Sırp'lar tarafından Müslüman kadınların gebe kalması sağlanıp, düşük yapma süreleri boyunca hapis tutularak doğum yapmaları amaçlanmıştır. Bu sebeple intihar eden Müslüman kadınlar da olmuştur. Bunun üzerine, Diyanet İşleri Başkanlığının dinî konulardaki en yüksek karar ve danışma organı olan Din İşleri Yüksek Kurulu toplanmış, bu olayı islamın yüceliğini korumak ve islam toplumunun

⁸¹ Haram, şariat koyanın emredici olarak yasakladığı fiillerdir. Bkz. ZEKİYYÜDDİN, Şa'ban, İslam Hukuk İlminin Esasları, çev. İbrahim Kafi Dönmez, 14. Baskı, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, Mart 2011, s. 247.

⁸² EKŞİ, Ahmet, "İslam Hukukunda Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", Tıp Hukuku Dergisi, Sayı 2, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2012, s. 124-131.

⁸³ UDEH, Abdulkadir, Mukayeseli İslam Ceza (Suç) Hukuku – Özel Hükümler, çeviren Prof. Dr. Ali Şafak, 2. Baskı, Cilt 2, Kayıhan Yayınları, İstanbul, Temmuz 2012, s. 340-351.

Bosna'da varlığını devam ettirmesini sağlamak açısından değerlendirmiş, tecavüz sonucu gebe bırakılan Müslüman kadınların rızaları ile hayatları ve sağlıklarının tehlikeye girmemesi şartıyla gebeliği sonlandırabilecekleri yönünde karar almıştır⁸⁴.

Osmanlı Devleti'nde ekonomik buhran sebebiyle ikiden fazla çocuğa bakmakta ekonomik güçlük çeken Osmanlı tebası gebeliği sonlandırmaya yönelmiştir. Hekim ve eczacıların yanında halk arasında gebeliği sonlandırma işini meslek edinen kişilerce de gebeliği sonlandırma işlemi gerçekleştirilmiş, gebe kadınların hayatlarını kaybetmesine neden olunmuştur. Osmanlı Hukukunda gebeliğin sonlandırılması, başka deyişle ıskat-ı cenin, öncesinde şeri hükümlerle yasak iken ilk yasal düzenleme II. Mahmut döneminde 1838 tarihli ferman ile yapılmıştır. Ceza kanunnamelerinde ise 1858'de yer almıştır. Gebeliği sonlandırmaya yönelik yasaklayıcı düzenlemelerin nedenleri nüfus darlığını önlemek ve bunun islam dini açısından günah olmasıdır. Gebeliğin onuncu haftasına kadar, ceninin uzuvları oluşmadığından ceza verilmemiştir. Gebeliğin sonlandırılmasını gerçekleştirenler ve bunlara yardım edenlere para, hapis, sürgün, kürek cezası gibi cezai yaptırımlar öngörülmüştür⁸⁵. 1858 tarihli ceza kanunnamesinin "*Kişiyeye Karşı Cürümler ve Cünhalar ve Bunların Cezalandırılması*" başlıklı ikinci bölümünde çocuk düşürme ve düşürtme suçları düzenlenmiştir. Kanunnamenin 192. maddesinde gebe kadın tarafından gebeliğin bizzat sonlandırılması karşılığında gebe kadına, gebe kadının gebeliğin başkası tarafından sonlandırılmasına rıza göstermesi karşılığında ise gebeliği sonlandırana altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Yine aynı maddede, gebeliğin sonlandırılmasında kullanılan ilaç ve araçları tedarik eden kişiye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası, kadının ölmesine neden olunması durumunda ise dört yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Kadının rızası olmaksızın gebeliğin sonlandırılması durumunda ise gebeliği sonlandırana üç yıldan on yıla kadar çalışma cezası, kadının ölmesi durumunda ise onbeş yıldan az olmamak üzere çalışma cezası öngörülmüştür. Suçun hekimler veya mesleğini devletin denetim ve gözetimi altında yapan kişilerce işlenmesi hali nitelikli hal olarak

⁸⁴ EKŞİ, Ahmet, İslam Tıp Hukuku, 1. Basım, Ensar Neşriyat, İstanbul, Aralık 2011, s. 129-131.

⁸⁵ ŞİMŞEK, Fatma; EROĞLU, Haldun; DİNÇ, Güven, "Osmanlı İmparatorluğunda ıskat-ı Cenin (Çocuk Düşürme)", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 2/6, 2009, s.595-606.

düzenlenmiş, bu durumda cezanın 1/6 oranında artırılacağına dair hüküm konulmuştur⁸⁶.

ABD’de 1860 yılına kadar gebeliğin sonlandırılması karşılığında ceza verilmemiştir. Bu tarihten itibaren eyaletler bazında yasaklanmaya başlanmış, 1873 Comstock Kanunu ile gebeliği önleyici ve sonlandırıcı yöntemlere ilişkin bilgilerin posta şirketlerince dağıtımı yasaklanmıştır⁸⁷.

Birinci Dünya Savaşı sonrası milyonlarca insan hayatını kaybettiğinden, nüfus ihtiyacı olan Avrupa ülkeleri, nüfus artırıcı politikaların da etkisiyle, gebeliğin sonlandırılmasını cezai yaptırım altına almış, fakat önceki dönemlerdeki aşırı cezalar azaltılmıştır. Aynı dönemde Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti Birliği’nde (SSCB) ise durum farklıdır⁸⁸. 1917 devriminden önce, Ortodoks Kilisesi düşüncesinin hakim olduğu dönemde, gebelik sonlandırılması tamamen yasak iken, SSCB’nin kurulmasıyla durum değişmiştir⁸⁹. 1920 Rusya’ında kadın erkek eşitliğini esas alan Marksist düşünce hakimdir ve milyonlarca insan açlıktan öldüğünden nüfus artışına ihtiyaç yoktur. Ücretsiz olarak sağlık kurumlarında kürtaj yaptırmak mümkündür, gebeliğin sonlandırılması suç değildir. 1940 Rusya’ında, İkinci Dünya Savaşı sonrasında yüksek miktarda nüfus kaybına uğranıldığından, nüfus politikası değişmiş, gebeliğin sonlandırılması suç olarak düzenlenmiş, 1950’de istenen artış sağlandıktan sonra yeniden suç olmaktan çıkarılmıştır⁹⁰.

İki dünya savaşı arasındaki dönemde batı toplumlarında gebeliğin sonlandırılmasına yönelik kısıtlamaların kaldırılması yönünde kadın hakları savunucuları çalışmalar yapmışlardır. Gebelikten korunma yöntemlerinin

⁸⁶ YURTCAN, Erdener, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, 1. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, Aralık, 1984, s. 20.

⁸⁷ ÇOKAR, a.g.e., s. 80.

⁸⁸ DÖNMEZER, a.g.e., s. 6-7.

⁸⁹ STEWART, Meghan, “Curbing Reliance On Abortion In Russia”, Human Rights Brief 11, Sayı 2, 2004, s.51-54.

⁹⁰ DÖNMEZER, a.g.e., s. 7.

geliştirilmesi, alt gelirli kadınlara ulaştırılması sağlanmaya çalışılmıştır. Fakat başarılı olamamıştır⁹¹.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında 1950'li yıllarda nüfusun niceliğinden çok niteliğinin önemli olduğunun anlaşılması, açlık ve yoksulluk gibi problemlerin hızlı düzensiz nüfus artışından kaynaklandığı, kaynaklar ve nüfus artışının dengelenmesinin önemi, bunun nüfus planlaması ile sağlanabileceğinin farkedilmesi, sosyalist ülkelerin nüfus politikalarının örnek oluşturması, sosyalist düşüncenin etkisi sonucu kadın erkek eşitliği ve kadının kendi bedeni üzerinde tasarruf etme hakkı gibi düşünce akımları batı ülkelerini etkilemiştir. Böylece 1964 La Haye Ceza Hukuku Kongresi'nde gebeliğin sonlandırılması istisnaları artırılmış, gebeliği sonlandırmaya yönelik fiiller karşılığı düzenlenen suçlarda amacın nüfus politikalarını uygulamak değil, gebe kadının sağlığını korumak olduğu açıklanmıştır. 1970'li yıllarda birçok batı ülkesinde bu yönde düzenlemeler olmuştur⁹². Sonuç olarak, 1960'lı yıllardan itibaren bu alanda ceza kanunlarının etkisinin beklendiği gibi olmadığı anlaşılmış, gebeliğin sonlandırılmasını engeller mahiyette kanuni düzenlemeler azaltılmış, gebeliğin sonlandırılmasına imkan tanıyan istisnalar artırılmıştır⁹³. Dönmezer'e göre gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin bu düzenlemeler, batı ülkelerinde yoksul ve zengin kadınlar arasındaki farkı kaldırmak, sosyal eşitliği sağlamak, kadına kendi bedeni üzerinde tasarruf hakkı tanımak amacıyla, sosyalist ülkelerde ise nüfus düzenleme politikasını gerçekleştirmek amacıyla yapılmıştır. Böylece uygulamada faydası bulunmayan ve amaçlanan sonucu vermeyen kanun hükümleri ortadan kaldırılmış ve toplumlardaki fiili durum kabullenilmiştir⁹⁴.

Dünyada 1998 yılından sonra yirmi ülkede gebeliğin sonlandırılmasını düzenleyen kanunlarda önemli değişiklikler yapılmıştır. On altı ülkede tecavüz veya ensest sonucu meydana gelen gebelikler ile ceninde kalıtsal bozukluk bulunması

⁹¹ ÇOKAR, a.g.e., s. 81-83.

⁹² DÖNMEZER, a.g.e., s. 8-9.

⁹³ ÇOKAR, a.g.e., s. 193.

⁹⁴ DÖNMEZER, a.g.e., s. 9.

halleri gibi gebeliği sonlandırmaya imkan tanıyan yeni istisnalar getirilmiş, iki ülkede ise yeni kısıtlamalar getirilmiştir. İki ülkede de eyaletler düzeyinde gebeliği sonlandırmanın önündeki kanuni engelleri kaldıran ciddi değişiklikler yapılmıştır. 2006 yılında Kolombiya Anayasa Mahkemesi gebeliği sonlandırmanın önündeki kanuni engellerin kadının sağlık, özgürlük ve yaşam haklarını ihlal ettiğine karar vermiştir. Kadının hayatı ve sağlığı tehlikedeysse, ensest veya tecavüz sonucu gebe kalındıysa, ceninde tedavi edilemez nitelikte kalıtsal bozukluk varsa gebeliği sonlandırmak Kolombiya’da hukuka uygun hale getirilmiştir. 2007’de Meksika Ceza Kanunu’nda yapılan değişiklikle Meksika’da gebeliğin ilk on iki haftasında herhangi bir sınırlama olmaksızın gebeliği sonlandırmak hukuka uygun hale getirilmiştir. Doğu ve Güney Asya devletlerinin tamamında gebeliği sonlandırmayı serbestleştiren düzenlemeler yapılmıştır. Portekiz ve İsviçre’de, ulusal referandumlar sonucunda gebeliği sonlandırmayı düzenleyen kanunlarda ciddi yenilikler yapılmıştır. 2007’de Portekiz’de gebeliğin onuncu haftasına kadar kısıtlama olmaksızın kürtajı hak olarak tanınmış, onuncu haftadan sonra ise ceninde kalıtsal bozukluklar, suç sonucu gebe olma hali veya kadının hayatı ile fiziksel veya ruhsal sağlığının tehlike altında olması durumlarında gebeliğe son verme hukuka uygun kabul edilmiştir. İsviçre’de ise 2002’de, gebeliğin on ikinci haftasına kadar herhangi bir kanuni kısıtlama olmaksızın gebeliğe son vermek hak olarak tanınmış, on iki hafta sonrasında kadının hayatı ile fiziksel veya ruhsal sağlığının tehlike altında olması durumlarında gebeliği sonlandırmak hukuka uygun hale getirilmiştir. 2001’de Fransa’da hukuka uygun olarak herhangi bir sınırlama olmaksızın gebeliğe son verme hakkının sınırı gebeliğin onuncu haftasından on ikinci haftasına çıkartılmıştır. Son yıllarda genel olarak gebeliği sonlandırmanın serbestleştirilmesi yönünde ülke kanunlarında değişiklikler yapılmıştır. Her ne kadar genel eğilim bu yönde olsa da, Dominik Cumhuriyeti ve El Salvador gibi bir kısım ülkelerde halen gebeliği sonlandırmanın önünde ciddi kanuni engeller bulunmaktadır⁹⁵. Andorra, Malta ve San Marino’da ise

⁹⁵ BOLAND, Reed; KATZİVE, Laura, “Developments In Laws Induced Abortion: 1998-2007”, International Family Planning Perspectives, Sayı 3, Cilt 34, Eylül 2008, s. 112-116.

gebeliğin sonlandırılması her koşulda yasaktır. Polonya diğer Avrupa ülkelerine nazaran gebeliğe son verme hususunda katı kanunlara sahiptir⁹⁶.

Gebeliği sonlandırmayı engelleyen kanuni sınırlamalar ne gebeliği sonlandırmaya yönelik fiilleri azaltmakta ne de doğum oranlarını artırmaktadır. Aynı şekilde, güvenli tıbbi müdahaleye erişimi kolaylaştıran kanuni düzenlemeler de gebeliği sonlandırmaya yönelik fiillerin artmasına neden olmamaktadır. Gebeliği sonlandırmanın önündeki engellerin kalkması, tıbbi müdahalenin gizli ve güvensiz ortamlarda yapılmasının önüne geçmektedir. Kısıtlamalar gebeliğe son vermeyi azaltmamakta, sadece gebeliğini sonlandırmak isteyen kadınları sağlıklı olmayan yollara yönlendirmektedir. Yaşadığı ülkede gebeliğine son verme olanağı bulamayan kadınlar, gebeliği sonlandırmaya olanak tanıyan ülkelere gitmekte, bu da maliyetin artmasına neden olmakta ve maddi durumu yetersiz olan kadınlar aleyhine sosyal eşitsizliğe neden olmaktadır⁹⁷.

2.2. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde Çocuk Düşürtme Suçu

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin kanuni düzenlemeleri dört farklı döneme ayırmak mümkündür. Birinci dönem, Türkiye Devleti'nin kurulduğu 1921 Anayasası ile Türk Ceza Kanunu'nun kabul edildiği 1926 yılına kadar olan, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin bir kanuni düzenleme bulunmayan, dolayısıyla cezai sorumluluğun olmadığı dönemdir⁹⁸. İkinci dönem, Türk Ceza Kanunu'nun kabul edildiği 1926 yılından 557 sayılı NPHK'nın kabul edildiği 1965 yılına kadar olan, gebeliğin sonlandırılmasının tamamen yasak olduğu dönemdir. Üçüncü dönem, 557 sayılı NPHK'nın kabul edildiği 1965 yılı ile 2827 sayılı NPHK'nın kabul edildiği 1983 yılı arası, tıbbi zorunluluk bulunduğu takdirde

⁹⁶ (Çevrimiçi) https://www.amnestyusa.org/pdfs/Ireland_She_Is_Not_A_Criminal.pdf, erişim tarihi 03/03/2018.

⁹⁷(Çevrimiçi) http://www.lawreform.vic.gov.au/sites/default/files/VLRC_Abortion_Report.pdf, erişim tarihi 03/03/2018.

⁹⁸ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 60-61.

gebeliğin sonlandırılmasının hukuka uygun olduğu dönemdir⁹⁹. Dördüncü dönem ise, 2827 sayılı NPHK'nın kabul edildiği 1983 yılı ve sonrası, tıbbi zorunluluğa ek olarak gebe kadının kendi isteğiyle gebeliğin onuncu haftasına kadar gebeliğin sonlandırılmasının hukuka uygun olduğu dönemdir¹⁰⁰.

Ülkemizde 1926 yılına kadar İslam Ceza Hukuku uygulanmış, 1926 yılında ise 19. yüzyılın ikinci yarısına ait düşüncelerin hakim olduğu İtalyan Ceza Kanunu esas alınarak düzenlenen 765 sayılı TCK uygulanmaya başlanmıştır. 765 sayılı TCK ayrıntıcı metotla düzenlenmiştir. Bunun sonucu olarak da diğer kanunlara nazaran madde hükümleri daha çoktur¹⁰¹.

Yurtcan'a göre 765 sayılı TCK'nın kabul edildiği 1926 yılından 557 sayılı NPHK'nın kabul edildiği 1965 yılına kadar olan dönemde suçla korunmak istenen hukuksal yarar milletin çoğalma gücüdür. Zira 765 sayılı TCK'da çocuk düşürtme suçu "*İrkin Tümlüğü ve Sağlığı Aleyhine Cürümler*" başlığı altında düzenlenmiştir. 1965 yılında 557 sayılı NPHK'nın kabul edilmesiyle tıbbi zorunluluk durumunda gebeliğin sonlandırılması kanunen mümkün hale getirilmiş, suçun kanunda düzenlendiği bölüm ise korunmuştur. Böylece suçla korunmak istenen hukuksal yarar karma bir hal almıştır. Bu dönemde suçla gebe kadının sağlığı, ulusun çoğalma gücü, ceninin ve gelecek nesillerin sağlığı koruma altına alınmıştır. 1983 yılında kabul edilen 2827 sayılı NPHK ile belirli süreye kadar gebeliğin sonlandırılması mümkün hale getirilmiş ve suçun düzenlendiği fasıl başlığı "*Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürtme Cürümleri*" olarak değiştirilmiştir. Bu iki durum birlikte değerlendirildiğinde suçla korunmak istenen hukuksal yararın yine karma olduğu fakat ulusun çoğalma gücünün bunların içinde yer almadığını kabul etmek gerekmektedir¹⁰².

⁹⁹ ÇOKAR, a.g.e., s. 208-213.

¹⁰⁰ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 34-35.

¹⁰¹ SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara, 2012, s. 64-70.

¹⁰² YURTCAN, a.g.e., s. 44-45.

765 sayılı TCK'da çocuk düşürtme suçunun ön şartı kadının gebe olmasıdır. Gebelik söz konusu değilse suç işlenemez¹⁰³. Fakat 468. maddenin beşinci fıkrası ile 470. maddenin üçüncü fıkrasında gebe olduğu zannedilen kadına karşı işlenen fiil açısından kadının gebe olması şartı aranmaz¹⁰⁴. Kanunda gebe kadının rızasının varlığı ile gebeliğin sonlandırılmasına, on haftaya kadar gebelik süresi içinde izin verilmiştir. Gebe kadının rızası yoksa, gebeliğin süresi önem arzetmez, fiil suçtur. Gebelik süresi ceza miktarı belirlenirken dikkate alınabilir. 470. madde hükmünde fiilin, on haftalık gebelik dönemine kadar kadının rızası bulunsa dahi, gebeliği sonlandırmaya yetkisiz kişilerce işlenmesi hali de suç olarak düzenlenmiştir. On haftadan fazla gebeliğin yetkisiz kişilerce sonlandırılması ise 468. madde hükmünce cezalandırılır. Bu durumda ayrıca kadının rızası varsa, o da fail olarak cezalandırılır. 468 ve 469. maddelerde “*çocuk düşürtmek*” terimi kullanılmışken, 470. maddede “*rahim tahliyesi*” terimi kullanılmıştır. Benzer şekilde 2827 sayılı NPHK m. 5’de de rahim tahliyesi terimi kullanılmıştır. Yılmaz’a göre kanun koyucu “*rahim tahliyesi*” ve “*çocuk düşürtmek*” terimlerini aynı anlamda, ceninin yaşama kabiliyetinin sonlandırılması anlamında, kullanmıştır. Ayrıca çocuk düşürtme suçunun, 765 sayılı TCK’da düzenlendiği bab dikkate alındığında, yaşam varlığına karşı işlenen suçlardandır. Yaşam varlığına sahip olmak için kişilik kazanmış olmak gerekir. Cenin ise hukuken kişi olmadığından, yaşam varlığının sahibi de olamaz. Yaşam varlığı sahibi sayılmayan ceninin suçtan zarar görmesi söz konusu olmayacağından mağdur sıfatı kazanamaz. Ceninin yaşamsal fonksiyonlarına son verilince, cenin üzerinde hak sahibi olan cenini meydana getiren kadın ve erkek zarar görmektedir, suçun mağduru da onlardır. Suçun cenini meydana getiren kadın veya erkek tarafından bizzat işlenmesi durumunda bu kişiler hem fail hem mağdur sıfatına sahiptirler. Çocuk düşürtme suçunun zarar suçu olması sebebiyle suç fiilin yapıldığı anda değil, ceninin yaşamsal fonksiyonlarını kaybettiği anda tamamlanır. Çoklu gebelik durumunda, fail tüm ceninlerin varlığına son verme kastıyla hareket etmişse, 765 sayılı TCK’nın 80. maddesi hükmünce cezası artırılır. Gebe kadının ölmesi veya fiziksel zarara uğraması, gebeliği sonlandırmaya yetkisi olmayan kişi tarafından

¹⁰³ YILMAZ, a.g.e., s. 75.

¹⁰⁴ YURTCAN, a.g.e., s. 75.

suçun işlenmesi ağırlaştırıcı nedenler olarak düzenlenmiştir. Suçun failin kendisi veya akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak amacıyla işlenmesi haline kanunda 472. maddede cezayı hafifletici neden olarak yer verilmiştir¹⁰⁵. 765 sayılı TCK'nın 259. maddesi hükmü gereğince akrabadan kastedilenler; karı ve koca ile usul ve fûru ve kardeş ve bunlar derecesindeki sıhri akrabalar¹⁰⁶.

2.2.1 Birinci Dönem – Kanuni Düzenlemenin Bulunmadığı Dönem (1921 – 1926)

1921 Anayasa'sıyla Türkiye Devleti kurulduğunda ceza kanunu yürürlüğe girmemiştir. 1926 tarihinde Türk Ceza Kanunu kabul edilene kadar gebeliğin sonlandırılmasının cezai sorumluluğu hukuk sistemizde düzenlenmemiştir¹⁰⁷. Bu dönemde herhangi bir kanuni düzenleme mevcut değildir.

2.2.2 İkinci Dönem – İstisnasız Yasak Dönemi (1926 – 1965)

Birinci Dünya Savaşı ve Kurtuluş Savaşı sonrası ciddi bir nüfus kaybı yaşanmıştır. Cumhuriyetin ilk yıllarında ekonomik kalkınma için nüfus artışına ihtiyaç duyulmuştur¹⁰⁸. Bu sebeple nüfusu artırıcı politikalar izlenmiş, devletin bu politikası kanuni düzenlemelere de yansımıştır¹⁰⁹. 1926 – 1965 yılları arası dönemde, savaş dönemi azalan nüfusun ve dolayısıyla doğumların artmasını destekleyen nüfus politikalarının etkisi sonucu, gebeliğin sonlandırılması istisnası olmayacak şekilde

¹⁰⁵ YILMAZ, a.g.e., s. 76-87.

¹⁰⁶ YURTCAN, a.g.e., s. 79.

¹⁰⁷ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 60-61.

¹⁰⁸ ÇOKAR, a.g.e., s. 97-98.

¹⁰⁹ SANCAR, a.g.e., s. 232.

yasaklanmıştır. Aynı zamanda gebeliği önleyici tedbirler de yasaktır¹¹⁰. Gebeliği önleyen ilaç ve araçların ülkeye sokulması yasaktır¹¹¹

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin ilk kanuni düzenlemeler 1926 tarihli 765 sayılı TCK ve 1930 tarihli 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunudur¹¹². 765 sayılı TCK ile gebeliğin sonlandırılması tamamen yasaklanmıştır¹¹³. 765 sayılı TCK'nın “Şahıslara Karşı Cürümler” bölümünde “Kasten Çocuk Düşürmek ve Düşürtmek” kısmında 468 – 472 maddelerinde düzenlenen suçların bölüm başlığı, 1936 tarihinde yapılan kanun değişikliği ile “İrkin Tümlüğü ve Sağlığı Aleyhine Cürümler” olarak değiştirilmiştir. Böylece kanun sistematigi içerisinde suçla korunan hukuksal yararın ırkın çoğalması olduğu irdelenmiştir¹¹⁴.

468. maddenin ilk halinde¹¹⁵ çocuk düşürme suçu düzenlenmiştir. 469 ve 470. maddelerde ise çocuk düşürtme suçu düzenlemiştir. Rıza ile çocuk düşürtme tek madde olarak 469. maddede¹¹⁶, rıza olmaksızın çocuk düşürtme de tek madde olarak

¹¹⁰ CAN, Sibel, “Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı-1, 2015, s. 83.

¹¹¹ YURTCAN, a.g.e., s. 20.

¹¹² Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 152. maddesi “İlkaha (döllenmeye) mani veya çocuk düşürmeğe vasıta olup Sihat ve İctimai Muavenet Vekaletince tayin olunacak alat ve levazımın ithal ve satışı memnudur” şeklindedir, ilgili kanun maddesi ile gebeliği önlemeye veya sonlandırmaya yönelik ilaç ve aletlerin satılması yasaklanmış ve kanunun 282. maddesi ile cezai yaptırım öngörülmüştür, yine aynı kanunun 156/1 maddesi “Bu kanunun neşrinden sonra berhayat çocuğu altı veya altıdan fazlaya balığ olan kadınlara Devletçe mükâfatı nakdiye verilmesi için her sene Sihat ve İctimai Muavenet Vekâleti bütçesinde bir faslı mahsus açılır. Arzu edenlere nakdi mükâfat yerine ihdas edilecek bir madalya verilir. Bu kanunun neşri tarihinde berhayat altı veya daha ziyade çocuğu olan kadınlara dahi bu madalya verilir.” şeklinde olup, altı veya daha fazla çocuklu kadınlara para veya madalya verilmesi öngörülmüştür. Bkz. ERTUĞRUL, a.g.e., s. 63-64.

¹¹³ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 33.

¹¹⁴ SANCAR, a.g.e., s. 232.

¹¹⁵ 765 sayılı TCK'nın 468. maddesinin ilk hali; “Alet ve ilaç kullanarak veya başkası tarafından kullanılmasına razı olarak çocuk düşüren kadın, altı aydan üç seneye kadar hapsolünür.” şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMeti-n/5.3.765.pdf>, erişim tarihi 15/10/2017.

¹¹⁶ 765 sayılı TCK'nın 469. maddesinin ilk hali; “Bir kadının rızasıyla vasıta temin ederek çocuğunu düşürten kimse bir seneden üç seneye kadar hapse mahküm olur. Eğer bu düşürtme neticesi veya düşürmek için kullanılan vasıttan kadın telef olursa ceza dört seneden yedi seneye kadar ve eğer kadının ölümü razı olduğu vasıttan daha tehlikeli bir vasıta kullanmaktan hasıl olmuşsa ceza beş seneden on seneye kadar ağır hapidir.” şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.765.pdf>, erişim tarihi 15/10/2017.

470. maddede¹¹⁷ yer almıştır. 471. madde¹¹⁸ ağırlaştırıcı neden, 472. madde¹¹⁹ ise genel hafifletici neden olarak düzenlenmiştir. Kanun maddeleri incelendiğinde gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin bir istisnaya yer verilmediği, suçun gebeliğin başlangıcından sonuna kadar olan dönemi kapsadığı gözükmektedir¹²⁰.

8/6/1933 tarih ve 2275 sayılı kanun ile 765 sayılı TCK'nın 470. maddesi¹²¹ değişikliğe uğramıştır. Kanunun ifadesiyle çocuğun düşürtülmesi durumunda cezanın üst sınırı on yıldan on iki yıla çıkartılmıştır. Ayrıca kadının ölmesi durumunda on beş yıllık alt sınır öngörülmüştür.

765 sayılı TCK'nın çocuk düşürme ve çocuk düşürtme suçlarını düzenleyen 468 – 472. maddelerinde en köklü değişiklik 11/6/1936 tarih ve 3038 sayılı “*Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun*” ile yapılmıştır. Bu kanun ile tüm maddeler değişikliğe uğramış, ayrıca kısırlaştırma fiili de suç olarak

¹¹⁷ 765 sayılı TCK'nın 470. maddesinin ilk hali; “*Bir kimse gebeliğini bildiği bir kadının rızası olmadığı halde çocuk düşürmeğe mahsus ilaç ve sair vasıta kullanmak yahut kadını dövmeğe veya yaralamak yahut başka bir fiil işlemek suretiyle çocuk düşürtürse yedi seneden on seneye kadar ağır hapse mahküm olur. Eğer bu düşürtme neticesinde veya bunun için kullanılan vasıtadan kadın ölürse ceza on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapidir. Eğer fail kadının kocası ise bu maddede tayin olunan ceza altıda bir miktarı çoğaltılır.*” şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.765.pdf>, erişim tarihi 15/10/2017.

¹¹⁸ 765 sayılı TCK'nın 471. maddesinin ilk hali; “*Yukarıdaki maddelerde yazılan işlerden birini yapan kimse sıhhati amme namına nizam altına alınmış sanat veya meslek ahasından olupta çocuk düşürtmeğe mahsus çare ve vasıtaları öğretmek veya kullanmak suretiyle bu fiili vukua getirmiş ve bundan kadının ölümü hasıl olmuşsa hakkında mezkür maddelerde yazılı olan ceza altıda bir miktarı çoğaltılır.*” şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.765.pdf>, erişim tarihi 15/10/2017.

¹¹⁹ 765 sayılı TCK'nın 472. maddesinin ilk hali; “*Kendisinin veya karısının veya anasının veya evlatlığının veya kız kardeşinin namusunu kurtarmak için çocuk düşüren veya düşürtenler hakkında yukarıda yazılı cezalar üçte birden üçte ikiye kadar indirilir ve ağır hapis cezası hapse çevrilir.*” şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.765.pdf>, erişim tarihi 15/10/2017.

¹²⁰ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 62.

¹²¹ 8/6/1933 tarih ve 2275 sayılı kanun ile değişik 765 sayılı TCK'nın 470. maddesi; “*Bir kadının rızası olmadığı halde çocuk düşürtmeğe mahsus vasıta kullanan kimse otuz aydan altı seneye kadar ve eğer çocuk düşmüş olursa yedi seneden on iki seneye kadar ağır hapse mahküm olur. Eğer bu düşürme neticesinde veya bunun için kullanılan vasıtadan kadın ölürse ceza on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapidir. Eğer fail kadının kocası ise bu maddede tayin olunan ceza altıda bir miktarı çoğaltılır.*” halini almıştır. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.765.pdf>, erişim tarihi 15/10/2017.

düzenlenmiştir¹²². Değişiklikten önce çocuk düşürme suçunun düzenlendiği 468. madde¹²³, 3038 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonrası çocuk düşürtme suçunun, 469. maddenin 1. fıkrası¹²⁴ ise çocuk düşürme suçunun düzenlendiği madde haline gelmiştir. Rıza ile ve rıza olmaksızın çocuk düşürtme suçları tek madde halinde, 468. maddede toplanmıştır. 470. maddede¹²⁵ yapılan değişiklikle suçun kadının rızası ile işlenmesi durumunda indirim öngörülmüştür. 471. maddeye¹²⁶ yeni fıkra eklenerek, çocuk yapmamayı veya gebeliği sonlandırmayı teşvik eden fiiller de suç olarak düzenlenmiştir. 472. madde¹²⁷ hem değiştirilmiş hem de yeni fıkra eklenerek

¹²² ERTUĞRUL, a.g.e., s. 62.

¹²³ 11/6/1936 tarih ve 3038 sayılı kanun ile değişik 765 sayılı TCK'nın 468. maddesi; “Bir kadının rızası olmaksızın çocuğunu düşürten kimseye yedi seneden on iki seneye kadar hapis cezası verilir. Rızasile bir kadının çocuğunu düşürten kimseye iki seneden beş seneye kadar hapis cezası verilir. Çocuğu düşürtmeğe rıza gösteren kadına da aynı ceza verilir. Aşağıdaki hallerde birinci fıkra hükmü tatbik olunur: 1 - Eğer kadın on dört yaşından küçükse veya her ne suretle olursa olsun irade veya idrak kabiliyetinden mahrum ise, 2 - Eğer rıza şiddet veya tehdid veya telkin veyahut iğfal ile elde edilmiş olursa, Birinci fıkrada yazılı fiil kadının ölümüne sebep olmuş ise ceza on iki seneden yirmi seneye ve bedeni bir zararı mucib olmuş ise on seneden on beş seneye kadar ağır hapis cezası verilir. İkinci fıkrada yazılı fiil kadının ölümüne sebep olmuş ise beş seneden on iki seneye ve bedeni bir zararı mucib olmuş ise üç seneden sekiz seneye kadar ağır hapis cezası verilir.” halini almıştır. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.765.pdf>, erişim tarihi 15/10/2017.

¹²⁴ 11/6/1936 tarih ve 3038 sayılı kanun ile değişik 765 sayılı TCK'nın 469. maddenin 1. fıkrası; “İstiyerek çocuğunu düşüren bir kadına bir seneden dört seneye kadar hapis cezası verilir.” halini almıştır. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.76-5.pdf>, erişim tarihi 15/10/2017.

¹²⁵ 11/6/1936 tarih ve 3038 sayılı kanun ile değişik 765 sayılı TCK'nın 470. maddesi; “Gebe sanılan bir kadına çocuk düşürmek için vasıtalardan tedarik eden veya bu kadın üzerinde bu maksadla bazı fiillerde bulunan kimsenin fiili kadının ölümüne veya bedeni bir zarara sebep olmuş ise fail 452 ve 456 ncı maddeler hükümlerine göre cezalandırılır. Fiil kadının rızasile işlenmiş ise verilecek cezanın üçte biri indirilir.” halini almıştır. Bkz.(Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.-765.pdf>, erişim tarihi 15/10/2017.

¹²⁶ 11/6/1936 tarih ve 3038 sayılı kanun ile 765 sayılı TCK'nın 471. maddesine eklenen 2. fıkra hükmü; “Çocuk yapmağa mani fiil ve hareketlerin işlenmesini teşvik eden veya bu fiil ve hareketlerin işlenmesi için propoganda yapan kimse bir seneye kadar hapis veya bin liraya kadar ağır para cezasile cezalandırılır. Eğer fiil kazanç temini gayesile işlenmiş ise her iki ceza birlikte hükmolunur.” şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.765.pdf>, erişim tarihi 15/10/2017.

¹²⁷ 11/6/1936 tarih ve 3038 sayılı kanun ile değişik 765 sayılı TCK'nın 472. maddesi; “4 inci madde dışında bu fasılda yazılı olan fiiller kendisinin veya akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için işlenmiş ise verilecek ceza yarıdan üçte ikiye kadar indirilir. 468 inci maddenin birinci, ikinci, üçüncü, beşinci ve altıncı fıkralarile 469 uncu maddenin ikinci fıkrası ve 470 inci maddede ve 471 inci maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yazılı cürümlerin faili tababet ve şubatı mensubu ise verilecek ceza üçte birden eksik olmamak üzere artırılır.” halini almıştır. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.765.pdf>, erişim tarihi 15/10/2017.

hekimler tarafından suçun işlenmesi haline nitelikli hal olarak yer verilmiştir. Bu dönemde son olarak 9/7/1953 tarih ve 6123 sayılı kanun hükmü ile 468. madde¹²⁸ değişikliğe uğramış, birinci fıkrada düzenlenen suç sonucu kadının ölmesi durumunda cezanın alt sınırı on iki yıldan on beş yıla çıkarılmıştır.

Nüfusu artırıcı politikaların ekonomik kalkınmaya faydası olmadığı 1960 yıllarında farkedilmiştir. Böylece 1965 yılında nüfus planlaması yapmak amacıyla 557 sayılı NPHK kabul edilmiş ve gebeliğin sonlandırılmasına tıbbi zorunluluk bulunması durumunda izin verilmiştir¹²⁹.

2.2.3 Üçüncü Dönem – Tıbbi Zorunlulukla Sınırlı İzin Verilen Dönem (1965 – 1983)

1950 ve sonrası Türkiye’deki nüfus artışı, kente göç, kanuna aykırı yollarla gebelik sonlandırma gibi sorunlar devlet politikasında değişikliğe yol açmıştır. 1965 yılında 557 sayılı NPHK kabul edilmiş, tıbbi zorunluluk durumunda gebeliğin sonlandırılması hukuka uygun kabul edilmiştir. 557 sayılı NPHK doğrultusunda 1967 yılında Tıbbi Zaruret Halinde Gebeliğin Sona Erdirilmesi ve Sterilizasyon Yapılması Hakkında Tüzük çıkarılmıştır. Ceza kanunu dışında gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin mevzuatta yer alan ilk düzenlemeler bunlardır¹³⁰.

¹²⁸ 9/7/1953 tarih ve 6123 sayılı kanun ile değişik 765 sayılı TCK’nın 468. maddesi; “Bir kadının rızası olmaksızın çocuğunu düşürten kimseye yedi seneden 12 seneye kadar hapis cezası verilir. Rızası ile bir kadının çocuğunu düşürten kimseye iki seneden beş seneye kadar hapis cezası verilir. Çocuğu düşürmeye rıza gösteren kadına da aynı ceza verilir. Aşağıdaki hallerde birinci fıkra hükmü tatbik olunur: (1) Eğer kadın 14 yaşından küçükse veya her ne suretle olursa olsun irade veya idrak kabiliyetinden mahrum ise; (2) Eğer rıza şiddet veya tehdit veya telkin veyahut işgal ile elde edilmiş olursa. Birinci fıkrada yazılı fiil kadının ölümüne sebep olmuş ise ceza on beş seneden yirmi seneye ve bedeni bir zararı mucip olmuş ise on seneden on beş seneye kadar ağır hapis cezası verilir. İkinci fıkrada yazılı fiil kadının ölümüne sebep olmuş ise beş seneden on iki seneye ve bedeni bir zararı mucip olmuş ise üç seneden sekiz seneye kadar ağır hapis cezası verilir.” halini almıştır. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.765.pdf>, erişim tarihi 15/10/2017.

¹²⁹ SANCAR, a.g.e., s. 232-238.

¹³⁰ ÇOKAR, a.g.e., s. 213.

557 sayılı NPHK'nın 3. maddesi¹³¹ ile birlikte tıbbi zorunluluk durumunda, gebeliğin kadının hayatını tehdit ettiği veya edeceği ya da ceninin gelişmesini imkansız kılan veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyet teşkil edecek hallerde, gebeliğin sonlandırılmasına imkan tanınmıştır¹³². Gebeliğin sonlandırılmasına istisnai durumlarda izin verilmiştir fakat henüz gebeliği sonlandırmak kadın için bir hak olarak kabul edilmiş değildir. Kanun koyucu bu kanunda “rahim tahliyesi” teriminini kullanmayı tercih etmiştir¹³³. Böylece kanunlar arasında terim farklılığı ortaya çıkmıştır.

Bu dönemde 1/4/1965 tarih ve 557 sayılı kanun ile 765 sayılı TCK'nın 471. maddesi¹³⁴ değişikliğe uğramıştır.

557 sayılı NPHK 6. madde¹³⁵ hükmüne göre, önceki dönemle benzer olarak, gebeliği önleyici nitelikte ilaç ve araçların üretimi veya satışı yasaktır ve cezai

¹³¹ 01/05/1965 tarihli 557 sayılı NPHK'nın 3. maddesi; “Gebeliğin ana hayatını tehdit ettiği veya edeceği, rüşeymin veya ceninin normal gelişmesini imkânsız kılan veya doğacak çocuk ile onu takibedecek esiller için ağır maluliyet sebebi teşkil edecek hallerde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığının yetkili kılacağı kurumların objektif arazlara dayanan gerekçeli raporları üzerine rahim tahliye edilebilir. Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdideden âcil hallerde, durumu tesbit eden yetkili hekim tarafından da gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilebilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan evvel veya mümkün olmadığı ahvalde en geç yirmi dört saat içinde yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde Sağlık ve Sosyal Yardım müdürlüklerine, ilçelerde Hükümet tabipliklerine bildirmeye mecburdur. Müdahale yoluyla rahmin tahliyesiyle ilgili esaslar, hastalıklar, tahliyenin yapılabileceği yer ve kurumlar ile âcil hallerin nelerden ibaret bulunduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir tüzükle düzenlenir.” şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc048/kanuntbmmc048/kanuntbmmc04800557.pdf, erişim tarihi 20/10/2017.

¹³² CAN, a.g.e., s. 83.

¹³³ SANCAR, a.g.e., s. 233.

¹³⁴ 1/4/1965 tarih ve 557 sayılı kanun ile değişik 765 sayılı TCK'nın 471. maddesi; “Birinci fıkrada yazılı fiil ve hareketlerinin işlenmesini teşvik eden veya bu fiil ve hareketlerin işlenmesi için propağanda yapan kimse bir seneye kadar hapis veya bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Eğer fiil kazanç gayesiyle işlenmiş ise her iki ceza birlikte hükümlenir.” halini almıştır, (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.765.pdf>, erişim tarihi 20/10/2017.

¹³⁵ 01/05/1965 tarihli 557 sayılı NPHK'nın 3. maddesi; “Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca bu kanunun 2 nci maddesine göre gebeliği önleyici nitelikte oldukları kabul edilmeyen ilaç ve araçları yurt içinde imal edenler veya satanlar veya her ne suretle olursa olsun dağıtanlar veya ticaret maksadıyla yurda sokanlar veya bu maksatla bulunduranlar 7 aydan 2 yıla kadar hapis ve 2.000 liradan 10.000 liraya kadar ağır para cezasına çarptırılırlar, imalâthaneler kapatılır, ilaç ve araçlar müsadere olunur. Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca bu kanunun 2 nci maddesine göre gebeliği önleyici nitelikte oldukları kabul edilen ilaç ve araçların reklâm ve propagandası 1262 sayılı

yaptırma bağlanmıştır. İstisnasız yasak döneminden sonra kanunlarda kısmen bir yumuşama olmuş, en azından tıbbi zorunluluk hallerinde gebeliğin sonlandırılması hukuka uygun kabul edilmiştir.

2.2.4 Dördüncü Dönem – Süre İle Sınırlı Gebeliği Sonlandırmanın Hak Olarak Tanındığı Dönem (1983 – ...)

Düşüklere bağlı ölümlerin arttığı anlaşılınca, 557 sayılı kanunun uygulamada yetersiz kaldığı anlaşılmış bu durum da yeni kanuni düzenlemeleri beraberinde getirmiştir¹³⁶. 1983 yılında yürürlüğe giren 2827 sayılı NPHK, 557 sayılı NPHK'yı yürürlükten kaldırmış ve ayrıca isteğe bağlı olarak da, gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar gebe kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca doğurmadığı takdirde, gebeliği sonlandırmanın önü açılmıştır¹³⁷. Bu kanuna dayanarak RTSHYDİT ile Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütme Yönetmeliği çıkarılmıştır¹³⁸.

1983 tarihli 2827 sayılı NPHK, Cumhuriyetin ilk yıllarından beri uygulanan nüfusu artırmaya yönelik düzenlemelerin aksine, aile planlamasına yönelik bir düzenlemedir. 2827 sayılı NPHK doğrultusunda 765 sayılı TCK'nın ilgili maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca gebeliği sonlandırmaya yönelik ilaç ve alet almak suç olmaktan çıkarılmıştır¹³⁹. 2827 sayılı NPHK¹⁴⁰ ile gebe kadına,

Kanunun 13ncü maddesine göre yapılır. Buna aykırı hareket edenler 1 aydan 6 aya kadar hapis ve 500 liradan 2.000 liraya kadar ağır para cezasına çarptırılırlar.” şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc048/kanuntbmmc048/kanuntbmmc04800557.pdf, erişim tarihi 20/10/2017.

¹³⁶ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 34.

¹³⁷ KESKİN KIZIROĞLU, Serap, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, Cilt 19, Sayı 2, s. 166.

¹³⁸ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 35.

¹³⁹ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 67.

¹⁴⁰ 2827 sayılı NPHK'nın 5/1. maddesi; “Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.” şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2827.pdf>, erişim tarihi 22/10/2017.

gebeliğin onuncu haftasına kadar cenin üzerinde tasarruf hakkı tanınmış, başka deyişle gebeliği sonlandırmak kadın için bir hak olarak kabul edilmiştir¹⁴¹.

2827 sayılı NPHK'nın 5. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında¹⁴² tıbbi zorunluluk hallerinde gebelik sonlandırılmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Tıbbi zorunluluk hallerinde gebelik süresinin hangi haftasında olunduğunun bir önemi bulunmamakta, kanunda yer alan şartlar mevcutsa, gebeliğin başlangıcından sonuna kadar gebeliğin sonlandırılması hukuka uygun kabul edilmektedir. Tıbbi zorunluluk hallerinin ne olduğu RTSHYDİT'de belirtilmiştir¹⁴³.

1983 tarihli 2827 sayılı kanun ile değişik 765 sayılı TCK'nın 468. maddesine¹⁴⁴ tıbbi zorunluluk istisnası eklenmiş ve birinci fıkrada yazılı fiil sonucu kadının fiziksel zarara uğraması halinde değişiklik öncesi on yıldan onbeş yıla kadar ağır hapis cezası öngörülmüşken ceza miktarı sekiz yıldan oniki yıla kadar ağır hapis cezası olacak şekilde indirilmiştir. Yine TCK'nın 469. maddesi¹⁴⁵ ile 470. maddesi¹⁴⁶

¹⁴¹ SANCAR, a.g.e., s. 233.

¹⁴² 2827 sayılı NPHK'nın 5. maddesinin 2. fıkrası; “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.” şeklinde, 3. fıkrası “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. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur.” şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2827.pdf>, erişim tarihi 22/10/2017.

¹⁴³ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 70-72.

¹⁴⁴ 1983 tarih ve 2827 sayılı kanun ile değişik 765 sayılı TCK'nın 468. maddesi; “Bir kadının rızası olmaksızın çocuğunu düşürten kimseye yedi yıldan oniki yıla kadar ağır hapis cezası verilir. Gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının rızasıyla tıbbi nedenler mevcut olmadan çocuğunu düşürten kimseye iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. Çocuğunu düşürmeye rıza gösteren kadına da aynı ceza verilir. Birinci fıkrada yazılı fiil; kadının ölümüne neden olmuşsa, faile onbeş yıldan yirmi yıla ve bedeni bir zarara neden olmuşsa sekiz yıldan oniki yıla kadar ağır hapis cezası verilir. İkinci fıkrada yazılı fiil; kadının ölümüne neden olmuşsa, faile beş yıldan oniki yıla ve bedeni bir zarara neden olmuşsa üç yıldan sekiz yıla kadar ağır hapis cezası verilir. Gebe sanılan bir kadın üzerinde rızası olmaksızın çocuk düşürme amacıyla bazı fiillerde bulunan kimse kadının ölümüne veya bedeni zararına sebep olmuşsa 452 nci ve 456 ncı maddeler hükümlerine göre cezalandırılır.” halini almıştır. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.765.pdf>, erişim tarihi 20/10/2017.

¹⁴⁵ 1983 tarih ve 2827 sayılı kanun ile değişik 765 sayılı TCK'nın 469. maddesi; “Gebelik süresi on haftadan fazla olan çocuğunu isteyerek düşüren kadına bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası

2827 sayılı NPHK doğrultusunda değişikliğe uğramıştır. NPHK'nın 13. maddesi ile TCK'nın 472. maddesinin 2. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

765 sayılı TCK, 01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK ile yürürlükten kaldırılana kadar uygulanmıştır. İlgili suçlar 5237 sayılı TCK'da özel hükümlerin bulunduğu ikinci kitabın, kişilere karşı suçların düzenlendiği ikinci kısmının beşinci bölümünde “Çocuk Düşürme, Düşürme veya Kısırlaştırma” başlığı altında düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 99. maddesinde “Çocuk Düşürme” suçu, 100. maddesinde “Çocuk Düşürme” suçu, 101. maddesinde ise “Kısırlaştırma” suçu düzenlenmiştir. Çocuk düşürme ve düşürtme suçları düzenlenirken, 2827 sayılı NPHK'nın günün şartları ile uyumlu olduğu kabul edilerek, NPHK'da yer alan hükümler dikkate alınmıştır¹⁴⁷.

verilir. Yukarıki fıkra yazılı cürme iştirak halleri dışında gebe bir kadını, çocuk düşürmeğe yarayacak vasıta tedarik etmek suretile çocuğu düşürmeğe tahrik eden kimse altı aydan iki seneye kadar hapis cezasile cezalandırılır.” halini almıştır. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.765.pdf>, erişim tarihi 20/10/2017.

¹⁴⁶ 1983 tarih ve 2827 sayılı kanun ile değişik 765 sayılı TCK'nın 470. maddesi; “Rahim tahliye etme yetkisi olmayan bir kimse, gebelik süresi on haftadan az olan bir kadına rızasıyla düşük yaptırdığı takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Fiil kadının ölümüne veya bedeni bir zararına sebep olmuşsa, fail ayrıca 452 nci ve 456 ncı maddeler hükümlerine göre cezalandırılır. Rahim tahliye etme yetkisi olmayan bir kimse 468 inci maddenin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü fıkralarında öngörülen fiilleri işlediği takdirde cezası üçte bir oranında artırılır. Rahim tahliye etme yetkisi olmayan bir kimse; gebe sanılan bir kadına çocuğunu düşürmek için ilaç, gereç tedarik eder veya gebe sanılan bir kadın üzerinde rızası olmaksızın çocuk düşürme amacıyla bazı fiillerde bulunur ve kadının ölümüne veya bedeni zararına sebep olursa, 452 nci ve 456 ncı maddeler hükümlerine göre cezalandırılır. Fiil kadının rızası ile işlenmişse verilecek ceza üçte bir oranında indirilir.” halini almıştır. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.765.pdf>, erişim tarihi 20/10/2017.

¹⁴⁷ 5237 sayılı TCK 99. maddesi gerekçesi; “Çocuk düşürme ve düşürtme suçları açısından 24/05/1983 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 bulunduğundan, madde metninin düzenlemesinde esas alınmıştır...” şeklindedir. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., s. 129.

3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM

3.1. Alman Hukuku

Alman Ceza Kanunu'nda çocuk düşürtme suçu paragraf 218, 218a, 218b, 218c'de düzenlenmektedir¹⁴⁸. Alman Ceza Kanunu'na göre kural olarak gebeliğin sonlandırılması kanunen mümkün değildir. Belirli şartlar mevcutsa tıbbi ve cezai gerekçeler ile gebe kadın tarafından talep edilmesi halinde mümkündür. Gebeliğin sonlandırılması hekim tarafından gerçekleştirilmelidir¹⁴⁹.

Alman Ceza Kanunu prg. 218'e¹⁵⁰ göre gebeliğe son verene üç yıl geçmemek üzere hapis veya para cezası verilir. Nidasyon, başka deyişle rahme yerleşme, anından önce gerçekleştirilen fiiller gebeliği sonlandırmaya yönelik kabul edilemez. Suç gebe kadının rızasına aykırı olarak gerçekleştirilmişse ya da ağır ihmal nedeniyle kadının ölüm veya ciddi sakatlık riskinin doğmasına neden olmuşsa altı aydan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

Kanunun 218a. paragrafına göre¹⁵¹ gebeliğin on ikinci haftasından önce, hekim tarafından müdahalenin gerçekleştirilmesi koşuluyla, gebeliğini sonlandırmak isteyen kadın bu yöndeki talebini ve tıbbi müdahaleden en az üç gün önce prg. 219/2'nin 2. cümlesi uyarınca uygun şekilde danışmanlık aldığı belge ile ispat ederse suç oluşmaz. Yine, kadının rızası dahilinde hekim tarafından müdahale gerçekleştirilmek koşuluyla, kadının şimdiki veya gelecekteki yaşam koşulları dikkate alındığında gebeliğin sonlandırılması tıbbi olarak kadının hayatı ya da

¹⁴⁸ İÇEL, Kayıhan; ÜNVER, Yener; HAKERİ, Hakan, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları, 8. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ağustos 2012, s. 160-161.

¹⁴⁹ ZELDIN, Wendy, "Germany", Abortion Legislation in Europe, The Law Library of Congress Global Legal Research Center, Ocak 2015, s. 14.

¹⁵⁰ Alman Ceza Kanunu prg. 218, bkz. (Çevrimiçi) https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/criminal_code_germany_en_1.pdf, erişim tarihi 20/05/2018, German Criminal Code, çev. Michael BOHLANDER, s. 102.

¹⁵¹ Alman Ceza Kanunu prg. 218a, bkz. (Çevrimiçi) https://ec.europa.eu/antitrafficking/sites/antitrafficking/files/criminal_code_germany_en_1.pdf, erişim tarihi 20/05/2018, German Criminal Code, çev. Michael BOHLANDER, s. 102-103.

fiziksel veya ruhsal sağlığı açısından meydana gelebilecek tehlikeyi önlemek için zorunluluk arz ediyorsa ve başka türlü bu tehlikeyi önlemek mümkün değilse, suç oluşmaz. Gebeliğin ocuk istismarı, cinsel saldırı gibi suçların düzenlendiği prg. 176 – 179’da düzenlenen suçlardan biri sonucu meydana geldiği yönünde ciddi emareler mevcutsa gebeliğin sonlandırılması için kadının hayatı ya da fiziksel veya ruhsal sağlığı açısından tıbbi müdahalenin zorunluluğu şartı aranmaz.

3.2. Fransız Hukuku

Fransız Hukuku’nda gebeliği sonlandırma ile ilgili düzenlemeler daha çok Kamu Sağlığı Kanunu’nda düzenlenmektedir. Gebeliğin on ikinci haftasının sonuna kadar kadına gebeliğe son verme hakkı tanınmıştır. Gebeliğin on ikinci haftasından sonra ise iki doktorun onayı ile kadının sağlığı için hamileliğin ciddi tehlike oluşturduğu veya ceninin doğum gerçekleştikten sonra yüksek ihtimalle tedavi edilemeyecek ciddi sağlık problemlerine sahip olacağı teşhisi varsa gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmiştir. Tıbbi müdahale işlemi hekim tarafından gerçekleştirilmelidir. Gebe kadın hekimden talepte bulunduğunda, hekim kadını tıbbi ve cerrahi yöntemler ile bunların risk ve yan etkileri konusunda aydınlatmalıdır. Ayrıca kadının, müdahale gerçekleşmeden önce ve sonra evlilik danışmanına, aile planlama danışmanına veya sosyal servise başvurmasını teklif etmelidir. Kadın danışmanlık teklifini kabul edip etmemekte serbesttir. Sadece küçükler için evlilik öncesi danışması zorunludur. Her bir sağlık uzmanı gebeliğe son verme işlemini gerçekleştirmeyi reddedebilir fakat kadına işlemi yapabilecek başka bir hekim önermek zorundadır¹⁵².

Fransa Ceza Kanunu’nda ocuk düşürtme suçu 223-10. maddede¹⁵³ dzenlenmektedir¹⁵⁴. Madde hükmüne göre gebe kadının rızası dışında gebeliğin sonlandırılması durumunda beş yıla kadar hapis ve para cezası verilir.

¹⁵² BORING, Nicolas, “France”, Abortion Legislation in Europe, The Law Library of Congress Global Legal Research Center, Ocak 2015, s. 13.

¹⁵³ Bkz. (evrimii) <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, erişim tarihi 20/05/2018.

3.3. İngiliz Hukuku

İngiltere Hukuku'nda gebeliğin sonlandırılması 1967 tarihli Düşük Kanunu¹⁵⁵, 1861 tarihli Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Kanunu ve 1929 tarihli Bebek Yaşamını Koruma Kanunu ile düzenlenmiştir¹⁵⁶. Düşük Kanunu 1990 yılında İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Kanunu'nun 37. bölümü ile önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. 1990 yılında yapılan değişiklik öncesinde, gebeliğin sonlandırılmasına izin veren tüm istisnalarda yirmi sekiz haftalık gebelik süresi öngörülmüş iken, değişiklikten sonra kadının veya kadının mevcut çocuklarının fiziksel ya da ruhsal sağlığı için gebeliğin devamının tehlike oluşturduğu haller için yirmi dört haftalık gebelik süresi içerisinde müdahale mümkün kılınmış, diğer istisnalarda ise süre sınırlaması tamamen kaldırılmıştır¹⁵⁷.

Değişiklik sonrası Düşük Kanunu'na göre gebeliğin yirmi dördüncü haftasına kadar, kadının veya kadının mevcut çocuklarının fiziksel ya da ruhsal sağlığı için gebeliğin devamının tehlike oluşturduğu hususunda iki hekimin tıbbi görüşü bulunması şartıyla gebeliğin sonlandırılması mümkün hale gelmiştir. Ayrıca süre sınırlaması olmaksızın, gebeliğin her döneminde, doğum gerçekleştiği takdirde çocuğun ciddi fiziksel ya da ruhsal anormallikleri olacağı konusunda mevcut risk varsa, kadının ciddi ve kalıcı şekilde fiziksel veya ruhsal sağlığı açısından zarara uğramasını önlemek için gebeliğe son vermek gerekliyse, gebeliğin devamı kadının hayatı için tehlike oluşturuyorsa gebeliğin sonlandırılması yine mümkündür. İki hekim gerekli şartların oluştuğu konusunda hemfikir olmalıdır. Tıbbi müdahale, hastane veya devlet tarafından onaylanmış yerde hekim tarafından gerçekleştirilmelidir. Gebe kadının hayatı veya fiziksel ya da ruhsal sağlığı açısından

¹⁵⁴ İÇEL, ÜNVER, HAKERİ, a.g.e., s. 160-161.

¹⁵⁵ (Çevrimiçi) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/data.pdf>, erişim tarihi 04/03/2018.

¹⁵⁶ (Çevrimiçi) http://www.lawreform.vic.gov.au/sites/default/files/VLRC_Abortion_Report.pdf, erişim tarihi 04/03/2018.

¹⁵⁷ COLTHART, Gavin, Abortion Law, House Of Commons Library Science and Environment Section, Aralık 2009, s. 2-4.

ciddi zarar oluşturacak acil müdahale gerektiren durumlarda, bir hekim, ikinci bir hekim görüşü aramaksızın tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebilir. Gebeliğin sonlandırılması için herhangi bir süre öngörülmemiştir¹⁵⁸.

Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Kanunu'nda kanuna aykırı olan tüm gebeliğin sonlandırılmasına yönelik fiiller, Bebek Yaşamını Koruma Kanunu'nda ise gebeliğin ilerleyen dönemlerindeki sonlandırma fiilleri ve doğum esnası fetosid fiilleri ile ilgili hükümler yer almaktadır. Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Kanunu'nun 58. maddesinde zehir veya herhangi bir tehlikeli madde ile düşüğe neden olmak cezalandırılmıştır. Suçun faili gebe kadın veya üçüncü kişi olabilir. Ertesi gün hapı kullanımı bu kapsamda değildir. Düşük yapmaya elverişli zehir veya herhangi bir tehlikeli maddeyi tedarik etmek de suçtur. Bebek Yaşamını Koruma Kanunu'na göre ise, gebe kadının hayatını koruma amacı dışında, yaşama kabiliyetine sahip ceninin varlığına son vermek suçtur. Gebelik süresi yirmi sekiz hafta veya daha fazla ise ceninin yaşama kabiliyetine sahip olduğu kabul edilir. Düşük Kanunu'na uygun şekilde gerçekleştirilen fiiller Bebek Yaşamını Koruma Kanunu'nda düzenlenen suçun oluşmasını engeller¹⁵⁹.

3.4. İrlanda Hukuku

İngiltere, İskoçya ve Galler'de gebeliğin sonlandırılması 1967 tarihli Düşük Kanunu ile düzenlenmesine rağmen, bu kanun İrlanda da uygulama alanı bulmamıştır¹⁶⁰.

İrlanda Cumhuriyeti kanunları gebeliğin sonlandırılması konusunda oldukça yasaklayıcıdır. Yalnızca sınırlı şartlarda gebe kadının hayatı tehlikede ise gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmektedir. İrlanda Cumhuriyeti Anayasası 40/3-3.

¹⁵⁸ FEIKERT-AHALT, Clare, "Great Britain", Abortion Legislation in Europe, The Law Library of Congress Global Legal Research Center, Ocak 2015, s. 15.

¹⁵⁹ (Çevrimiçi) http://www.lawreform.vic.gov.au/sites/default/files/VLRC_Abortion_Report.pdf, erişim tarihi 04/03/2018.

¹⁶⁰ COLTHART, a.g.e., s. 2.

madde¹⁶¹ ile ceninin yaşam hakkı tanınmıştır. Madde hükmüne göre, ceninin yaşam hakkı gebe kadının yaşam hakkına eşittir. İrlanda Yüksek Mahkemesi maddeyi gebeliği sonlandırılmayı yasakladığı şeklinde yorumlamaktadır. İstisna olarak da yalnızca kadının hayatının ciddi ve gerçek tehlike altında olması ve gebeliğe son vermenin bu durumun önlenmesi için tek yol olması halini kabul etmektedir. 2009 yılında AİHM’de İrlanda aleyhine yapılan başvuruda, İrlanda kanunlarında gebeliği sonlandırmak için etkili ve ulaşılabilir bir prosedürün bulunmadığının iddia edilmesi üzerine AİHM, İrlanda tarafından özel hayatın ve ailenin korunması hakkının düzenlendiği AİHS m. 8’in ihlal edildiğini tespit etmiştir. Bunun üzerine 2013 yılında düzenlenen 2014 yılında yürürlüğe giren, Gebelik Döneminde Hayatın Korunması Kanunu ile gebeliğin sonlandırılmasını kısıtlayan hükümler yeniden düzenlenmiş, kanunun amacı gebelik döneminde insan hayatını korumak ve kasten doğmamış insan hayatını yok etmeye yönelik fiilleri cezalandırmak olarak belirlenmiştir. Bu düzenleme ile kadının hastalık, acil hastalık veya intihar etme nedeniyle hayatını kaybetme tehlikesi varsa gebeliğin sonlandırılması mümkün kılınmıştır. Kanununun 7. bölümünde hastalık nedeniyle sonlandırma için, biri doğum uzmanı diğeri gebe kadının hayatını kaybetme riskini değerlendirebilecek toplam iki hekimin, kadının fiziksel bir hastalık nedeniyle gerçekten de hayatını kaybetme tehlikesinin var olup olmadığı ve bu tehlikeyi bertaraf etmek için tek yolun tıbbi müdahale olduğu ile müdahalenin doğum uzmanı tarafından uygun bir kurumda gerçekleştirileceğini birlikte değerlendirerek onaylaması gerekmektedir. Kanununun 8. bölümünde¹⁶², acil durumlarda tek hekim onayı ile müdahalenin gerçekleştirilebileceği durumlar düzenlenmektedir. Kadının olası bir intihar girişiminden dolayı hayatını kaybetme tehlikesinin olduğu durumda, gebe kadının rızası ile, bir doğum uzmanı ve iki psikiyatristten oluşan üç hekime danışılarak,

¹⁶¹ İrlanda Cumhuriyeti Anayasası’nın 40/3-3. madde hükmü “Devlet, annenin yaşama eşit hakkını dikkate alarak, doğmamış bebeğin yaşam hakkını tanır ve kanunlarında bu hakka saygı gösterilmesini ve yasalarla savunulmasını ve korunmasını güvence altına alır. Bu fıkra Devletle başka bir devlet arasında seyahat özgürlüğünü kısıtlamaz. Bu fıkra, kanunla konulmuş olan şartlara tabi olarak, Devlette, başka bir devlette kanunen erişilebilir hizmetlerle ilgili bilgiyi edinme ve sağlama özgürlüğünü kısıtlamaz.” şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) http://www.adaletbiz.com/images/dosyalarim/RLANDA_ANAYASASI.pdf, erişim tarihi 04/03/2018.

¹⁶² 2013 tarihli Gebelik Döneminde Hayatın Korunması Kanunu’nun 7. ve 8. bölümleri için bkz. (Çevrimiçi) <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2013/act/35/enacted/en/pdf>, erişim tarihi 20/05/2018.

müdahalenin uygulanabilir olduğu bir yerde, gebe kadının hayatını intihar nedeniyle sonlandırmasını önlemek için tek yolun gebeliğin sonlandırılması olduğu durumda gebeliğin sonlandırılması mümkündür¹⁶³.

İrlanda'da kanunen gebeliğin sonlandırılması gebe kadının hayati tehlikesi yoksa mümkün olmadığı için, her gün yaklaşık on iki kadın İrlanda'dan İngiltere'ye gebeliği sonlandırmak için gitmektedir. İrlanda uzun süre boyunca gebeliğin sonlandırılması hakkında dünyanın en katı kanunlarından birine sahip olmuştur. 1861 tarihli Kişilere Karşı Suçlar Kanunu'nda¹⁶⁴ kanuna aykırı olarak gebeliği sonlandıran herkes için müebbet hapis cezası öngörülmüş iken 150 yıl sonra 2013 yılında kanunda yapılan değişiklikle yalnızca kadının hayati tehlikesi var ise gebeliği sonlandırmak kanunen mümkün hale getirilmiştir. Fakat yeni kanuna göre hukuka uygun olarak gebeliği sonlandırmanın önünde birçok idari engel bulunmaktadır. Kanuna aykırı sonlandırmada ise gebe kadına, sağlık hizmeti sunan personellere ve yardım eden herkese 14 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür¹⁶⁵.

3.5. İtalyan Hukuku

İtalyan Hukuku'nda gebeliğin doksanıncı gününe kadar, gebelik kadının fiziksel veya ruhsal sağlığı için ciddi tehlike oluşturuyorsa ya da cenin açısından sakatlık veya anormallik teşhisi konulmuşsa, kadının rızası dahilinde gebeliğin sonlandırılması mümkündür. Müdahale kamu hastanesinde, bölgesel sağlık kurumunda veya özel klinikte gerçekleştirilebilir. Doğmamış çocuğun biyolojik babasının rızası aranmaz. Gebeliğin doksanıncı gününden sonra gebeliğin sonlandırılması iki durumda mümkündür. Birinci durum, kadının hayatı açısından gebeliğin veya doğumun ciddi tehlike arz etmesi halidir. İkinci durum, patolojik

¹⁶³ FEIKERT-AHALT, Clare, "Ireland", Abortion Legislation in Europe, The Law Library of Congress Global Legal Research Center, Ocak 2015, s. 19-20.

¹⁶⁴ Bkz. (Çevrimiçi) <https://srhr.org/abortion-policies/documents/countries/07-United-Kingdom-Offences-against-the-Person-Act-1861.pdf>, erişim tarihi 20/05/2018.

¹⁶⁵ (Çevrimiçi) https://www.amnestyusa.org/pdfs/Ireland_She_Is_Not_A_Criminal.pdf, erişim tarihi 04/03/2018.

durumundan tespit edilmek suretiyle ceninin anormalliğe veya sakatlığa sahip olması nedeniyle gebe kadının fiziksel veya ruhsal sağlığı açısından ciddi tehlike oluşturması halidir. Bu durumda ceninin rahim dışında yaşama ihtimali varsa hekim ceninin yaşamını kurtarmak için gerekli özeni göstermek zorundadır. Tıbbi müdahale için kadının rızası bulunmalıdır. On sekiz yaş altı kadınlarda velinin rızası, kısıtlılarda kanuni temsilcinin rızası gereklidir. Veli ya da kanuni temsilci müdahaleye rıza göstermezse veya kendi aralarında hemfikir olmazlarsa, hekim hakim kararı talep etmek zorundadır. Fakat gebeliğin sonlandırılması kadın için aciliyet arz ediyorsa, hekim her zaman müdahalede bulunabilir. Akıl hastalığı olan gebe kadına müdahale için kadının eşi ya da kanuni temsilcileri tarafından talepte bulunulmalı, kadın tarafından da talep onaylanmalıdır. Tıbbi olarak aciliyet arz eden durumlar haricinde hekim gebe kadının talebini belgelendirir ve onu gebeliğe son verme kararını yedi gün süre ile ertelemeye davet eder. Bu süre sonunda gebelik sonlandırılabilir. Hekim ve yardımcı personel, müdahale gebe kadının hayatını kurtarmak için zorunlu değilse, tıbbi müdahaleye katılmayı reddedebilir. İhmal suretiyle kadının gebeliği sonlandırmasına veya erken doğum yapmasına neden olana, yaralamaya yönelik fiiller sonucu kadının gebeliği sonlandırmasına neden olana, kadının rızası dışında gebeliği sonlandırana hapis cezası verilir. Ayrıca kanunun tanıdığı ve öngördüğü prosedürler dışında gebeliğin sonlandırılmasına iştirak eden herkes ve on sekiz yaş üstü gebe kadın da cezalandırılır¹⁶⁶.

İtalyan Hukuku'nda çocuk düşürtme suçu 1978 tarihli 194 sayılı kanun¹⁶⁷ ile düzenlenmektedir¹⁶⁸. Kanunun 17/1. maddesine göre, kanuna aykırı olarak bir kadının gebeliğini sonlandıran kişiye 3 aydan 2 yıla kadar hapis cezası verilir. Madde 17/2'ye göre, kanuna aykırı şekilde zamanından önce kadının doğum yapmasına neden olan kişiye ise birinci fıkra hükmündeki ceza bir buçuk oranında azaltılarak verilir. 194 sayılı Kanun'un 18. maddesi hükmüne göre, kadının rızasına aykırı

¹⁶⁶ FIGUEROA, Dante, "Italy", Abortion Legislation in Europe, The Law Library of Congress Global Legal Research Center, Ocak 2015, s. 21-22.

¹⁶⁷ (Çevrimiçi) http://www.columbia.edu/itc/history/degrazia/courseworks/legge_194.pdf, erişim tarihi 20/05/2018.

¹⁶⁸ İÇEL, ÜNVER, HAKERİ, a.g.e., s. 160-161.

olarak gebeliğin sonlandırılması veya kadını yaralamak amacıyla gerçekleştirilen fiil sonucu gebeliğin sonlanması durumunda 4 yıldan 8 yıla kadar hapis cezası verilir (m. 18/1, 2). Kadını yaralamak amacıyla gerçekleştirilen fiil doğumun acilen gerçekleşmesine neden olmuşsa maddede belirtilen ceza bir buçuk oranında azaltılarak verilir. 18. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan fiiller sonucu kadın ölmüşse 8 yıldan 16 yıla kadar hapis cezası, ciddi şekilde yaralanmışsa 6 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası verilir. Gebe kadın 18 yaşından ufaksa 18. madde hükmüne göre verilecek cezalar artırılır.

İKİNCİ BÖLÜM

5237 SAYILI TCK'DA ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU

1. GENEL OLARAK

765 sayılı TCK'nın 468, 470, 472. maddelerinde düzenlenmiş bulunan çocuk düşürtme suçu, 5237 sayılı TCK'da 99. maddede düzenlenmiştir¹⁶⁹. Her iki kanun da suçu kişilere karşı suçlar kısmında düzenlemiştir¹⁷⁰. 765 sayılı TCK'da yer alan kişinin kendisinin ya da akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak saikiyle çocuk düşürtme eylemini işlenmesi halinde cezanın indirilmesi hükmüne yeni kanunda yer verilmemiştir¹⁷¹. Bunun yerine yeni kanunda, m. 99/6 uyarınca, suç mağduru kadının söz konusu suç sebebiyle gebe kalması durumunda daha uzun süreli olarak gebeliğin sonlandırılabilceği hükmüne¹⁷², cezayı kaldıran neden olarak yer verilmiştir.

5237 sayılı TCK'nın İkinci Kitap (Özel Hükümler) – İkinci Kısım (Kişilere Karşı Suçlar) – Beşinci Bölümü (Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma) 99.

¹⁶⁹ ARTUÇ, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2008, s. 537.

¹⁷⁰ KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 166.

¹⁷¹ ARTUÇ, a.g.e., s. 537.

¹⁷² ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, a.g.e., s. 290.

maddesinde çocuk düşürtme suçu, 100. maddesinde çocuk düşürme suçu, 101. maddesinde ise kısırlaştırma suçu düzenlenmiştir.

Çocuk düşürtme suçunun düzenlendiği 99. madde gerekçesinde açıklandığı üzere, madde metni düzenlenirken, 24.05.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da yer alan hükümlerin toplumsal ihtiyaçları karşıladığı kanaati ile bu hükümler göz önünde bulundurularak bir düzenleme yapılmıştır.

Gebeliği sonlandırmaya yönelik, 2827 sayılı Kanunun 3. maddesinden hareketle düzenlenmiş RTSHYDİT'de ve 509 sayılı Nüfus Planlama Hizmetlerini Yürütme Yönetmeliği'nde de hükümler bulunmaktadır.

TCK'nın 99. maddesi ile 4 tür suç düzenlenmiştir; 1. fıkra yetkili kimse tarafından kadının rızası olmaksızın çocuk düşürtme, 2. fıkra yetkili kimse tarafından gebelik süresi 10 haftayı geçmiş kadının çocuğunu düşürtme, yine 2. fıkra gebelik süresi 10 haftayı geçmiş kadının çocuğunun düşürtülmesine rıza göstermesi sonucu çocuk düşürtme, 5. fıkra yetkili olmayan kişiler tarafından çocuğun düşürtülmesi suç olarak düzenlenmiştir¹⁷³. Maddenin 3. ve 4. fıkralar ile 5. fıkranın son cümlesinde nitelikli haller¹⁷⁴, 6. fıkra ise suç şüphesi sonucu gebe kalma durumuna ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır.

TCK m. 99'da gebeliğin sonlandırılmasında süre modeline göre düzenleme yapılmıştır. Ayrıca tıbben zorunluluk varsa, müdahaleye izin verilmiştir¹⁷⁵.

Kanun koyucunun çocuk düşürtme suçu, çocuk düşürme suçu ve kısırlaştırma suçunun düzenlendiği beşinci bölüm başlığında suçların adlarını saymak yerine "*Neslin Devamına Karşı İşlenen Suçlar*" gibi bir başlık düzenlemesi daha yerinde olacaktır¹⁷⁶.

¹⁷³ ARTUÇ, a.g.e., s. 537.

¹⁷⁴ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, a.g.e., s. 289.

¹⁷⁵ EKŞİ, Ahmet, İslam Tıp Hukuku, 1. Basım, Ensar Neşriyat, İstanbul, Aralık 2011, s. 136.

¹⁷⁶ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 83.

2. KORUNAN HUKUKSAL YARAR

Suçla korunan hukuksal yarar, başka deyişle suçun hukuki konusu, suçla korunan haktır. Her suçun hukuki konusu vardır. Hukuki konu suçun maddi unsurlarından değildir. Hukuki konu suçun düzenlenmesine neden olan, korunmak istenen haktır¹⁷⁷.

Suçun koruduğu hukuksal yarar: Meran'a göre kişilerin beden ve ruh sağlığı ile düşürülen ceninin yaşam hakkı¹⁷⁸; Parlar/Hatipoğlu'na göre ceninin ve kadının yaşam hakkı ile kadının beden ve ruh sağlığı¹⁷⁹; Tezcan/Erdem/Önok'a göre doğmamış yaşam ile annenin sağlığı¹⁸⁰; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre öncelikli olarak annenin ve ceninin yaşam hakkı ile ulusun varlığını sürdürme hakkı, genel ahlak, devletin nüfus politikası/kadının sağlığı¹⁸¹; Keskin Kızıroğlu'na göre kadının yaşama hakkı, biyolojik anne olabilme hakkı, anne olup olmamayı seçebilme hakkı, beden dokunulmazlığı hakkı, beden ve ruh sağlığı hakkı ile ceninin gelişimini tamamlayıp doğabilme yani gelecekteki yaşama hakkına kavuşabilme hakkı¹⁸²; Kitapçioğlu'na göre ceninin gelecekteki yaşamı ve toplumun çocuğun tam ve sağ doğumuna yönelik yararı ile gebe kadının kendi bedeni üzerindeki hakları¹⁸³; Eruğrul'a göre ceninin ve gebe kadının hayatı ile vücut bütünlüklerinin korunması hakkı, kadının ve eşinin üreme hakkı, kadının ve eşinin anne baba olma hakkı, toplumun varlığını sürdürme hakkı¹⁸⁴; Bakıcı'ya göre gebe kadının sağlığı ile anne

¹⁷⁷ ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN, Ahmet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Eylül 2017, s. 307-308.

¹⁷⁸ MERAN, Necati, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2008, s. 294.

¹⁷⁹ PARLAR, Ali; HATİPOĞLU, Muzaffer, 5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Ağır Ceza Davaları, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, Ocak 2009, s. 193.

¹⁸⁰ TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mehmet Ruhan; ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 306.

¹⁸¹ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, a.g.e., s. 290.

¹⁸² KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 170.

¹⁸³ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 302.

¹⁸⁴ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 88.

olma hakkı ve ceninin yaşam hakkıdır¹⁸⁵. Gökcan'a göre, gelecek neslin hayatını sürdürmesindeki toplumsal yarar ve rızaya aykırı fiiller açısından gebe kadının eşinin çocuk sahibi olma hakkı da korunmaktadır¹⁸⁶. Dönmez'e göre TCK m. 99/1'de ceninin yaşam hakkı ile gebe kadının sağlık ve vücut bütünlüğü birlikte korunmakta, TCK m. 99/2'de ise öncelikli olarak ceninin yaşam hakkı korunmaktadır¹⁸⁷. Hafizoğulları/Özen'e göre birinci fıkrada düzenlenen suçla korunan hukuksal yarar gebe kadının anne olma hakkıdır. İkinci fıkrada düzenlenen suçla insan hayatının korunması sonucu kamusal yarar korunmakta, beşinci fıkrada ise gebeliğin sonlandırılmasının sadece yetkili kişilerce yapılması sağlanarak hem bireysel hem de kamusal yarar korunmaktadır¹⁸⁸. Güney Tunalı'ya göre suçla kadının vücut dokunulmazlığı, sağlığı ve cinsel özgürlüğü ile ceninin yaşam hakkı korunmaktadır. Kadın ile ceninin haklarının çatışması durumunda gebeliğin sonlandırılmasının mümkün oluşu ceninin yaşam hakkının korunmadığı şeklinde yorumlanamaz. Neslin devamı ve gelecek neslin sağlıklı olması da suçla korunan hukuksal yararlardandır¹⁸⁹. Oktar'a göre suçla gebeliğin ilk on haftasında gebe kadının kendi geleceğini belirleme hakkı, gebeliğin onuncu haftasından sonra ise ceninin yaşama hakkı korunmaktadır¹⁹⁰.

Kanaatimizce birinci fıkrada kadının anne olma hakkı, ikinci fıkrada ceninin gelecekteki yaşam hakkı ile toplumun varlığını sürdürme hakkı, üçüncü ve dördüncü fıkralarda kadının vücut dokunulmazlığı, beşinci fıkrada ise kamusal yarar korunmaktadır. Suçla korunan hukuksal yararı doğru nitelendirmek suçun konusunu belirlemede, dolaylı olarak da mağduru belirlemede ve içtima hükümlerinin ne şekilde uygulanacağına önem arzetmektedir.

¹⁸⁵ BAKICI, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Şubat 2010, s. 1018.

¹⁸⁶ GÖKCAN, a.g.e., s. 607.

¹⁸⁷ DÖNMEZ, a.g.e., s. 108-109.

¹⁸⁸ HAFIZOĞULLARI, Zeki; ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, Şubat 2013, s. 141-144.

¹⁸⁹ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 124-125.

¹⁹⁰ OKTAR, a.g.e., s. 173.

3. BENZER SUÇLARLA MUKAYESESİ

3.1. Çocuk Düşürme Suçu

5237 sayılı TCK'nın 100. maddesinde düzenlenen çocuk düşürme suçu ile ceninin gelecekteki yaşam hakkı, kadının anne olup olmama hakkı korunmaktadır¹⁹¹. Ayrıca kamusal yarar da korunmaktadır. Suçla korunan hukuksal yarar çocuk düşürtme suçuyla (TCK m. 99) benzerdir.

Çocuk düşürme suçununun (TCK m. 100) maddi konusunu cenin oluşturmaktadır. Çocuk düşürtme suçunda (TCK m. 99) olduğu gibi, kadının gebe olmaması durumunda suçun konusu da olmayacağından işlenemez suç¹⁹² söz konusu olur, suç oluşmaz¹⁹³.

Çocuk düşürme suçunu (TCK m. 100) çocuk düşürtme suçundan (TCK m. 99) ayıran nokta, çocuk düşürme suçunda fiilin bizzat gebe kadının kendisi tarafından gerçekleştirilmesidir. Çocuk düşürme suçunun faili yalnızca gebe kadın olabilir, bu yönüyle özgü suçtur. Çocuk düşürme suçunu gebe kadın gebelik süresi on haftadan fazla iken işleyebilir. On haftayı geçmemiş gebeliklerde, gebeliğe gebe kadın tarafından son verilmesi durumunda TCK m. 100 oluşmaz, gebe kadının rızası bulunsa bile yetkisiz kişilerce gebeliğe son verilmesi durumunda ise TCK m. 99/5'de düzenlenen suç oluşur¹⁹⁴. On haftadan az gebeliğin yetkili hekim tarafından gebe kadının rızası dahilinde sonlandırılması durumunda TCK m. 99 kapsamında suç oluşmayacağı gibi, on haftadan az gebe kadının bizzat gebeliğini sonlandırması durumunda da TCK m. 100 kapsamında suç oluşmaz. Kanun koyucu gebeliğin onuncu haftasına kadar kadının vücut bütünlüğü hakkına üstünlük tanımıştır¹⁹⁵. TCK

¹⁹¹ KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 184.

¹⁹² İşlenemez suç, suçun konusunun bulunmayışı ya da fiilin veya araçların elverişsizliği nedeniyle kanunda belirtilen tipikliğin gerçekleşmesinin mümkün olmayışıdır. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 224.

¹⁹³ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 135.

¹⁹⁴ KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 184-185.

¹⁹⁵ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 209-210.

m. 100 sonucu, gebelik on haftadan fazla iken kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi karşılığında bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. Aynı ceza TCK m. 99/2'de, tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde gebelik süresi on haftadan fazla olup gebeliğinin sonlandırılmasına rıza gösteren kadın için de öngörülmüştür.

TCK m. 100 kapsamında gebe kadına çocuk düşürmesini sağlayacak vasıta temin etmek, kadını bu yönde teşvik etmek durumunda iştirakten dolayı sorumluluk doğacaktır. Hekimlerin, gebeliği sonlandırmaya yetkili kişilerin, çocuk düşürme suçuna iştirakten dolayı sorumluluğun doğması mümkündür. On haftadan fazla gebelikte tıbbi zorunluluk bulunsa bile, gebe kadının gebeliğini sonlandırması durumunda, gebe kadın yetkili kişi olmadığından, TCK m. 100'den sorumluluğu doğar. Oysa on haftadan az gebeliğini, her ne kadar yetkili kişi olmasa da, kadının bizzat sonlandırması durumunda çocuk düşürme suçu (TCK m. 100) oluşmamaktadır. TCK m. 99/5'de ise yetkili olmayan kişinin, kadının rızası olsa bile on haftadan az gebeliği sonlandırması suç olarak düzenlenmiştir. On haftadan fazla gebelikte, NPHK m. 5 kapsamında tıbbi zorunluluk bulunduğunu tespit eden yetkili hekimin, kadının rızası doğrultusunda gebeliği sonlandırması durumunda çocuk düşürtme (TCK m. 99) suçu oluşmaz, yetkili hekim ya da gebe kadının sorumluluğu doğmaz. Fakat yetkili hekimden tıbbi zorunluluk olduğunu öğrenen kadının gebeliğine bizzat son vermesi durumunda, yol gösteren hekimin yardımcıdan sorumlu olup olmayacağı net değildir. Güney Tunalı'ya göre, bu durumda ne gebe kadının ne de hekimin sorumluluğu yoktur. TCK m. 100'e zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Doğum gerçekleştikten sonra kadının çocuğa yönelecek fiilleri, çocuk düşürtme suçunda da olduğu gibi, kişilik kazanan insana yöneleceğinden öldürme ya da yaralama suçlarına sebebiyet verecektir¹⁹⁶.

3.2. Kısırlaştırma Suçu

5237 sayılı TCK'nın 101. maddesinde düzenlenen kısırlaştırma suçunda kişilerin vücut bütünlüğü, anne veya baba olma hakkı, üreme hakkı

¹⁹⁶ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 209-217.

korunmaktadır¹⁹⁷. Çocuk düşürtme suçundan (TCK m. 99) farklı olarak bu suçla üreme hakkı da korunmaktadır.

Birinci fıkrada rıza olmaksızın kısırlaştırma fiili suç olarak düzenlenmiştir. Yetkisiz kişilerce rıza olmaksızın fiilin işlenmesi hali ise maddede nitelikli hal olarak yer almaktadır. İkinci fıkrada rıza dahilinde fakat yetkisiz kişilerce işlenen kısırlaştırma fiili suç olarak düzenlenmiştir. Yetkili kişiler RTSHYDİT'nin 10. maddesinde belirtilmiştir. Kişinin rızası dahilinde yetkili hekim tarafından gerçekleştirilen kısırlaştırma fiili suç oluşturmaz¹⁹⁸. Kadınlara kısırlaştırma ameliyatı yapmada yetkili kişiler; kadın hastalıkları ve doğum uzmanları ya da genel cerrahi uzmanlarıdır. Erkeklere kısırlaştırma ameliyatı yapmada yetkili kişiler; üroloji uzmanları, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları, genel cerrahi uzmanları ya da Sağlık Bakanlığı tarafından açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlerdir¹⁹⁹. Oysa çocuk düşürtme suçunda (TCK m. 99) gebeliği sonlandırmaya yetkili kişiler, RTSHYDİT 3. maddesi hükmü gereği, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları ile menstrüel regülasyon yöntemiyle kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetimi altında tıbbi müdahaleyi yapmak şartıyla pratisyen hekimlerdir.

Kısırlaştırma suçu serbest hareketli bir suçtur. Suç sonucu kısırlaştırma neticesinin meydana gelmesi gerektiğinden neticeli suç, kişinin vücut bütünlüğüne zarar verdiğinden de zarar suçudur²⁰⁰. Kişinin kendi kendini kısırlaştırması suç değildir. Suç üreme yeteneği olan kişiye karşı işlenebilir²⁰¹. Serbest hareketli ve netice suçu oluşu açısından çocuk düşürtme suçuna (TCK m. 99) benzemektedir.

¹⁹⁷ GÖKCAN, a.g.e., s. 619; ERBAŞ, Rahime, "Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK m. 101)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 73, Sayı 1, 2015, s. 108; ERTUĞRUL, a.g.e., s. 154.

¹⁹⁸ GÖKCAN, a.g.e., s. 620.

¹⁹⁹ KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 189.

²⁰⁰ GÖKCAN, a.g.e., s. 621.

²⁰¹ KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 187.

Kısırlaştırma suçu düzenlenirken suçun temel şekli özgü suç olarak, nitelikli hali ise herkes tarafından işlenebilen bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu durum iştirak hükümlerinin uygulanmasında sorunlar doğurmaktadır. Yetkili ve yetkisiz kişilerce suçun ortak işleme kararı ile gerçekleştirilmesi durumunda, suçun temel şekli yetkili kişilerce işlenen özgü suç olarak düzenlendiğinden, yetkisiz kişi yetkili kişinin suçu açısından fail olamaz fakat azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olur. Kanun koyucu TCK m. 100’de rıza kavramını ön planda tutmuş, yetkili – yetkisiz kişi kavramını arka planda bırakmıştır²⁰². Benzer düzenleme çocuk düşürtme suçu (TCK m. 99) açısından da göze çarpmaktadır.

Gebe kadının kısırlaştırma yönünde rızası olsa bile yetkisiz kişi tarafından gerçekleştirilen kısırlaştırma fiili sonucu (TCK m. 101/2) aynı zamanda gebeliğin de sonlanması durumunda, TCK m. 44/1 hükmü gereğince bir fiille birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren yetkisiz kişi en ağır cezayı gerektiren rıza olmaksızın çocuk düşürtme suçundan (TCK m. 99/1) cezalandırılmalıdır²⁰³.

Ergin kişinin isteği üzerine yapılacak olan kısırlaştırma ameliyatında (NPHK m. 4/2), onuncu haftaya kadar gebe kadının isteği üzerine yapılacak gebeliği sonlandırmaya yönelik tıbbi müdahalede (NPHK m. 5/1) olduğu gibi, kısırlaştırma ameliyatı olacak kişi evli ise eşinin de rızasının alınması gereklidir (NPHK m. 6/2)²⁰⁴.

²⁰² ERBAŞ, a.g.e., s. 112.

²⁰³ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 171.

²⁰⁴ HAKERİ, a.g.e., 881.

4. SUÇUN UNSURLARI

4.1. Maddi Unsurlar

4.1.1 Suçun Faili

Fail, TCK'nın 37. maddesi²⁰⁵ hükmünde tanımlandığı üzere kanunda belirtilen fiili gerçekleştirendir. Herhangi biri tarafından işlenebilen suçlar “*genel, herkes tarafından işlenebilen*” suçlar olarak adlandırılır. Belli niteliğe veya özel yükümlülüğe sahip kişilerce işlenen suçlara ise “*özgü, mahsus, belirli kişiler tarafından işlenebilen suçlar*” denir²⁰⁶. Her suçun mutlaka faili vardır²⁰⁷.

Parlar/Hatipoğlu'na göre maddenin ilk dört fıkrasındaki suçlar bakımından fail rahim tahliyesine yetkili olan kişi olabileceği gibi, yetkili olmayan kişi de olabilir. Yetkisiz kişi hakkında 5. fıkranın son cümlesinin hükmüne göre daha ağır cezaya hükmedilecektir. 5. fıkranın ilk cümlesindeki suç bakımından fail, rahim tahliyesine yetkili kişilerdir. Ayrıca 2. fıkradaki suç işlendiğinde gebeliğin sonlandırılmasına rıza gösteren kadın da suçun failidir²⁰⁸.

Artuç'a göre birinci ve ikinci fıkrada belirtilen suçlar bakımından fail ancak rahim tahliyesine yetkili kişiler olabilir. 2. fıkranın 2. cümlesine göre 10 haftadan fazla süreli gebelikte gebeliğin sonlandırılmasına rıza gösteren kadında faildir. 5. fıkranın 2. cümlesindeki suçun faili ise yetkili olmayan kişilerdir²⁰⁹.

²⁰⁵ 5237 sayılı TCK 37. maddesi; “(1) Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. (2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.” şeklindedir. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., s. 62.

²⁰⁶ KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2017, s. 112-113.

²⁰⁷ ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 290-291.

²⁰⁸ PARLAR, HATİPOĞLU, a.g.e., s. 193.

²⁰⁹ ARTUÇ, a.g.e., s. 538.

Meran'a göre fail, 1. ve 2. fıkralardaki suçlarda yetkili kişiler, 5. fıkranın ilk cümlesindeki suçta yetkisiz kişilerdir. Ayrıca 2. fıkrada öngörülen suçta rıza gösteren kadın da suçun failidir²¹⁰.

Can'a göre TCK m. 99/1'de fail gebe kadın dışında rahim tahliyesine yetkili kişidir. TCK m. 99/2'de ise rahim tahliyesine rıza gösteren kadın fail olarak nitelendirilmiştir. Kanun koyucu bu hükümlerle gebeliğin sonlandırılmasına rıza gösteren gebe kadını üçüncü kişinin fiiline iştirak eden olarak değil, fail olarak cezalandırmayı amaçlamıştır²¹¹.

Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre gebe kadının bizzat gebeliğe son vermesi durumunda çocuk düşürme suçu (TCK m. 100) oluşacaktır. TCK m. 99 bakımından fail rahim tahliyesine yetkili kişiler olabileceği gibi, yetkisiz kişiler de olabilir. Yetkisiz kişinin fail olması suçun nitelikli halini oluşturmaktadır²¹².

Kitapçioğlu'na göre fail anne de dahil olmak üzere herkes olabilir. TCK m. 99/2'de rıza gösteren kadın da cezalandırılmıştır. Rahim tahliyesine yetkili olmayan kişi tarafından da çocuk düşürtme suçu işlenebilir, fakat bu durum TCK m. 99/5'e göre ağır ceza gerektiren nitelikli haldir²¹³.

Tezcan/Erdem/Önok'a göre çocuk düşürtme suçunun fiili herkes tarafından gerçekleştirilebilir, ancak kadının bizzat gebeliğine son vermesi TCK m. 100'de ayrıca düzenlendiğinden, TCK m. 99 bağlamında suçun faili cenini taşıyan kadın dışında herkes olabilir. Suç gebeliği sonlandırmaya yetkisiz kişiler tarafından da işlenebilir, bu durum madde metninde nitelikli hal olarak düzenlenmiştir²¹⁴.

²¹⁰ MERAN, a.g.e., s. 294.

²¹¹ CAN, a.g.e., s. 85.

²¹² ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, a.g.e., s. 291-292.

²¹³ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 305-306.

²¹⁴ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, a.g.e., s. 306.

Gökcan'a göre, fail ikinci fıkrada düzenlenen suç hariç, gebe kadın dışında herkeştir. İkinci fıkranın faili ise hem gebeliği sonlandıran kişi hem de gebe kadındır. Suç, fail yönünden özgü suç değildir, gebeliği sonlandırmaya yetkili olmayan kişi tarafından da suçun işlenmesi mümkündür. Bu durum beşinci fıkrada nitelikli hal olarak düzenlenmiştir²¹⁵.

Hakeri'ye göre fail gebe kadın dışında herkes olabilir. Taşıyıcı annenin fail olması mümkün değildir. Genetik anne ise, cenini rahminde taşıyan taşıyıcı anneye müdahalede bulunarak fail olabilir. Fiil rahim tahliyesine yetkisi olmayan kişilerce işlenmişse cezanın artırılması öngörülmüştür²¹⁶.

Keskin Kızıroğlu'na göre TCK m. 99'un birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçlarda fail, gebeliği sonlandırmaya yetkili bir kişi olmak zorundadır. Dolayısıyla suç özgü bir suçtur. Gebe kadın suçun faili olamaz. Gebeliği sonlandırmaya yetkisi olmayan biri tarafından suçun işlenmesi durumunda TCK m. 99/5 gereğince nitelikli halden cezalandırılır. TCK m. 99/5'in ikinci cümlesinde düzenlenen suçun faili gebe kadın dışında herkes olabilir. TCK m. 99/5 birinci cümlesinde düzenlenen, gebelik on haftadan az ise gebeliği sonlandırmaya yetkisi olmayanın rızaya dayalı olsa bile gebeliği sonlandırması suçunun faili de gebe kadın dışında herkeştir. TCK m. 99/2'nin ikinci cümlesinde gebe kadın iştirak eden olarak değil, fail olarak cezalandırılır²¹⁷.

Dönmez'e göre fail, genel olarak gebe kadın dışında herkes olabilir. Failin gebeliği sonlandırma yetkisinin olup olmaması yalnızca suçun nitelikli halinin düzenlendiği beşinci fıkrası kapsamında önem arz etmektedir. Gebeliği sonlandırmaya yetkili kişiler, RTSHYDİT 3. maddesi hükmü gereği, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarıdır. Pratisyen hekimler de menstrüel regülasyon yöntemiyle, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetimi altında gebeliği sonlandırabilirler. RTSHYDİT'de sadece yetkili kişiler gösterilmekle

²¹⁵ GÖKCAN, a.g.e., s. 607.

²¹⁶ HAKERİ, a.g.e., s. 861.

²¹⁷ KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 171-179.

yetinilmemiş, işlemin yapılacağı yerler ile muayenehanelerde bulunması zorunlu araç ve gereçler de gösterilmiştir. TCK m. 99 kapsamında gebeliği sonlandırmaya yetkili kişiler belirlenirken RTSHYDİT'nin ilgili maddeleri gereğince, kişinin niteliği yanında ortamın da niteliği dikkate alınmalıdır. Bu nitelikleri taşımayan kişiler, hekimler de dahil olmak üzere, yetkili kişi sayılamayacağından suçun nitelikli halinden sorumlu tutulacaklardır. Aynı şekilde ortam şartları tüzükte belirtilenleri sağlamıyorsa, yine sorumluluk doğacaktır²¹⁸.

Bakıcı'ya göre birinci ve ikinci fıkralarda düzenlenen suçun faili kanunda ifade edildiği üzere yetkili kişiler, yani kadın hastalıkları ve doğum uzmanları ile yeterlilik belgesine sahip ve kadın doğum uzmanı eşliğinde rahim tahliyesini gerçekleştiren pratisyen hekimlerdir²¹⁹.

Hafizoğulları/Özen'e göre birinci fıkrada düzenlenen suçun faili herkes olabilir. İkinci fıkrada düzenlenen suç, çok failli²²⁰ suçtur. Kanun koyucu tarafından rızası geçerli kabul edilmeyen gebe kadın da suçun faili olarak nitelendirilmiştir. Fakat bu durumda gebe kadına, fiili işleyen faile nazaran daha az ceza öngörülmüştür. Beşinci fıkrada düzenlenen suçun faili, gebeliği sonlandırmaya yetkili olmayan kişidir²²¹.

Güney Tunalı'ya göre ikinci fıkranın ikinci cümlesinde kadının kendisi faildir, bunun dışında suçun faili herkes olabilir. Gebe kadının kendisi tarafından gebeliğin sonlandırılması durumunda TCK m. 100 Çocuk Düşürme Suçu'ndan sorumluluk doğabilecektir. Beşinci fıkra uyarınca nitelikli halden sorumlu olmak için ise gebeliğin sonlandırılmasına yetkili kişilerden olmamak gerekir. On haftadan az gebelikte yetkisiz kişiye iştirak eden veya bizzat kendisi yetkisiz kişi olarak gebeliğe son veren kadının sorumluluğu yoktur. Aksi düşünce yetkisiz kişiye iştirak eden gebe

²¹⁸ DÖNMEZ, a.g.e., s. 109-111.

²¹⁹ BAKICI, a.g.e., s. 1018-1020.

²²⁰ Çok failli suçlar, kanundaki hükmün düzenleniş şekli nedeniyle veya niteliği gereği birden fazla kişinin katılımıyla işlenebilecek suçlardır. Başka deyişle, tipe uygun suçun gerçekleşmesi için birden fazla kişinin katılımı zorunludur. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 699-700.

²²¹ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, a.g.e., s. 140-144.

kadının cezai sorumluluğunu kabul etmek, bizzat kendi düşürenin cezai sorumluluğunu kabul etmemek anlamına gelecektir. RTSHYDİT’te düzenlenen ortam şartlarının uygun olmadığı hallerde, yeterlik belgesi almış hekimlerin fail olarak sorumluluğu doğabilir ancak kadın doğum uzmanlarının bu suçtan sorumluluğu doğmaz. Kadın doğum uzmanları uygun olmayan ortam şartlarına rağmen yetkili kişilerdir. Bu durumda müdahale sonucu kadında sağlık problemi meydana gelirse veya kadın ölürse, hekimin özensiz davranışı ve ihmali sebebiyle taksirli öldürme veya yaralama suçları gündeme gelecektir. Sonuç olarak on haftadan az gebeliklerde kadın doğum uzmanı olmayan veya yeterlik belgesine sahip resmi tedavi kurumları ortamında menstruel regülasyon yöntemiyle kadın doğum uzmanı gözetiminde müdahale gerçekleştiren pratisyen hekimlerin dışında herkes TCK m. 99/5’in faili olabilir²²².

Ertuğrul’a göre birinci fıkrada düzenlenen suçun faili, beşinci fıkra hükmüyle birlikte değerlendirildiğinde, yetkili kişidir. Yetkili kişiler RTSHYDİT’de belirtilmiştir. Yetkili kişiler dışında fiillerin işlenmesi durumunda beşinci fıkradan dolayı cezai sorumluluk doğar. Birinci fıkrada düzenlenen suç özgü suçtur, yalnızca yetkili kişilerce işlenebilir. İkinci fıkrada düzenlenen suç da özgü suçtur. Fakat aynı zamanda çok failli suçtur. Suçun bir faili yetkili kişiler, diğer faili de rıza gösteren gebe kadındır. İkisi için farklı yaptırım, yetkili kişi için iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası, rıza gösteren gebe kadın için bir yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüştür. Beşinci fıkra suçunun faili yetkisiz kişilerdir²²³.

Oktar’a göre suçun failinin kanunen gebeliği sonlandırmaya yetkili kişilerden olması gerekli değildir. Yetkisiz kişilerce de suçun işlenmesi mümkündür, fakat bu durum TCK m. 99/5 hükmü gereğince nitelikli haldir. TCK m. 99’un birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçlarda failin yetkili kişi olduğu kabul edildiği takdirde yetkili kişilerin tespiti gerekecektir. Madde metninde yetkili kişilerin kimler olduğu belirtilmemiştir. NPHK’nın 5. maddesinde de yetkili hekimlerin kim olduğu açık değildir. Yine 5. maddenin 4. fıkrasında acil müdahale hallerinin ne olduğu,

²²² GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 128-130.

²²³ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 88-121.

müdahalenin yapılacağı yerler, bu yerlerin denetimi ile ilgili tüzük çıkarma yetkisi verilmiş fakat yetkili kişilere ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Ayrıca yetkili kişilerin tüzükle belirlenmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince mümkün değildir²²⁴.

Kanaatimizce TCK m. 99/1’de düzenlenen suç özgü suçtur. Kanun koyucu failin belli bir niteliğe sahip olan, RTSHYDİT’de belirtilen, kanunen gebeliği sonlandırmaya yetkili kişilerden olma zorunluluğunu aramıştır. TCK m. 99/2’de düzenlenen suç da özgü suçtur. Suçun faili gebeliği sonlandırmaya yetkili kişi olmak zorundadır. Ayrıca ikinci fıkra suçu çok failli suçtur. İkinci fıkra suçunun oluşması için gebe kadının müdahaleye rıza göstermesi gereklidir. Gebe kadının rızası yoksa birinci fıkrada düzenlenen rızası olmaksızın kadının çocuğunu düşürtme suçu oluşacaktır. Yetkisiz kişilerce işlendiği takdirde ise beşinci fıkra suçu oluşacaktır. Sonuç olarak ikinci fıkra suçunun oluşması için gebe kadının gebeliğin sonlandırılmasına yönelik rızası olmalı ve müdahale yetkili kişi tarafından yapılmalıdır. İkinci fıkranın ikinci cümlesi gereğince rıza gösteren gebe kadın da yetkili kişi gibi fail olarak cezalandırılır. Fakat kanun koyucu yetkili kişiye nazaran rıza gösteren gebe kadına daha az ceza öngörmüştür. TCK m. 99/5’de düzenlenen suçun faili gebeliği sonlandırmaya yetkili olmayan herkes, başka deyişle yetkisiz kişilerdir. RTSHYDİT’te düzenlenen ortam şartlarının uygun olmadığı yerlerde, yetkili kişilerce gebeliğin sonlandırılması durumunda TCK m. 99 kapsamında sorumluluk doğmayacaktır. Altıncı fıkra dışında çocuk düşürtme suçunda kanun koyucu yalnızca yetkili kişi – yetkisiz kişi ayrımına gitmiştir. TCK m. 99/6’da ise hem yetkili kişi yönünden sınırlamaya gidilmiş, hem de ortam yönünden sınırlamaya gidilmiş olduğundan, bu fıkra kapsamında hastane ortamında uzman hekim tarafından gebeliğin sonlandırılması gerekmektedir, aksi durumda sorumluluk doğacaktır.

²²⁴ OKTAR, a.g.e., s. 174-175.

4.1.2 Suçun Konusu ve Mağduru

Suçun konusu, kanunda belirtilen fiilin yöneldiği şeydir. Konusu olmayan suç yoktur. Suçun konusu bir nesne olabileceği gibi insanın maddi veya manevi varlığı da olabilir²²⁵. Hukuki konu ile maddi konu aynı anlama gelmemektedir. Suçun maddi konusu, açıklandığı üzere, fiilin yöneldiği kişi veya nesnedir²²⁶. Hukuki konu ise, başka deyişle suçla korunan hukuksal yarar, suçun koruduğu haktır²²⁷. Suçun maddi konusu ile mağduru birçok suçta aynı şey olsada, aynı anlama gelmemektedir²²⁸. Genellikle kişilere karşı suçlarda konu ile mağdurun birleşmesi söz konusu olmaktadır. Mağdur, suçun konusunun sahibi olmalıdır. Her suçun mutlaka mağduru vardır. Kişinin mağdur sıfatının olması için fiilin işlendiği esnada hayatta olması gereklidir. İhlal edilen menfaat birden fazla kişiye ait ise mağdur da birden fazladır. Suçun mağduru gerçek kişidir, tüzel kişiler suçtan zarar görendir. Mağdur, suç sonucu haksızlığa uğradığından aynı zamanda zarar görendir²²⁹. Fakat suçun mağduru ile suçtan zarar gören her zaman örtüşmeyebilir. Zarar gören, suç sebebiyle tazminat hakkı olmalıdır²³⁰. Başka deyişle zarar gören suç sonucu menfaat ihlaline uğrayandır. Dolayısıyla mağdur dışında kişilerin de zarar gören sıfatını alması mümkündür. Mağduru belirli bir kişi olmayan “*devletin güvenliğine karşı suçlar*” gibi suçlarda tüm toplum mağdur kabul edilir. Mağdurun belli nitelikte olmasının arandığı suçlar, mağdur bakımından özgü suçlardır. Bir suçun faili ve mağduru aynı

²²⁵ ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 306-307; KOCA, ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 116.

²²⁶ DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017, s. 552-556; SOYASLAN, a.g.e., s. 88-89.

²²⁷ ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 307-308.

²²⁸ AYDIN, Nurullah, Türk Suç ve Ceza Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, Şubat 2008, s. 79.

²²⁹ ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 308.

²³⁰ AYDIN, a.g.e., s. 80.

kişi olamaz. Mağdur sıfatını belirlemek zincirleme suç hükümleri uygulanırken önem arz etmektedir²³¹.

Parlar/Hatipoğlu'na göre suçun konusu gebe kadın ve cenin bedeni, suçun mağduru ise 2. fıkrada cenin diğer fıkralarda kadındır²³².

Gökcan'a göre suçun mağduru gebe kadındır. Cenin, doğum gerçekleşmedikçe kişilik kazanamayacağından, suç ile gelecekteki yaşamı korunuyor olsa bile mağdur değildir. Gebe kadının eşi ise, rızaya aykırı işlenen fiiller yönünden, çocuk sahibi olma hakkını kaybettiğinden suçtan zarar görendir²³³.

Artuç'a göre suçun konusu kadının ve cenin bedeni, suçun mağduru ise gebe kadındır. Gebelik TCK m. 99'da düzenlenen suçlar bakımından önşarttır. Yargılama esnası önşart olan gebelik hakim tarafından kesin biçimde saptanmalıdır. Gebeliğin doğal yolla veya suni yolla olması suç bakımından bir önem arzetmemektedir. Gerçekte gebe olmayan fakat gebe zannedilen kadına karşı gebeliğin sonlandırılması amacıyla icrai hareketlerde bulunmak bu suçun oluşmasına sebebiyet vermez. Bu durumda suç konusu ve somut hukuki yarar bulunmadığından işlenemez suç söz konusudur. Şartları mevcutsa yaralama suçunun oluştuğu kabul edilebilir²³⁴. Soyaslan'a göre burada önşart fiilin önşartıdır. TCK m. 99'da belirtilen suçun meydana gelmesi için gerekli kurucu unsurlardan önce mevcut olması gereklidir. Aksi takdirde suç oluşmaz²³⁵.

Meran'a göre suçun konusu kadın ve çocuğun bedeni, suçun mağduru ise gebeliğine son verilen kadındır²³⁶.

²³¹ ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 304-306.

²³² PARLAR, HATİPOĞLU, a.g.e., s. 193.

²³³ GÖKCAN, a.g.e., s. 607.

²³⁴ ARTUÇ, a.g.e., s. 538.

²³⁵ SOYASLAN, a.g.e., s. 95.

²³⁶ MERAN, a.g.e., s. 294.

Can'a göre suçun mağduru, gebeliği sonlandırmaya ilişkin fiillere rıza göstermiş olsa dahi, gebe kadındır. Nitekim TCK m. 99/2'nin ilk cümlesi ve 99/5'de rıza kanun koyucu tarafından kabul edilmemiştir. Maddenin 2. fıkrasının 2. cümlesinde korunan hukuksal yarar ceninin gelecekteki yaşam hakkıdır, dolayısıyla bu fıkradaki suçta mağdur rahimdeki 10 haftayı doldurmuş cenindir. Kanun koyucu bu fıkra hükmü ile gebe kadının kendi bedeni üzerindeki tasarruf hakkını on hafta ile sınırlandırmış, tıbbi zorunluluk bulunmamasına rağmen on haftayı aşan gebelikte çocuk düşürtme eylemine rıza gösteren kadını cezalandırmıştır²³⁷.

Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre suçun hukuki konusu cenin, fiillerin konusu ise gebe kadındır. Çocuk düşürtme amacıyla icra edilen fiiller gebe kadının vücudu üzerinden cenine yönelmektedir. Bu fiiller ceninin sıhhatine etki etmemekte, ceninin gelişim sürecini sağlayan gebe kadının ceninle olan bağı koparmaktadır. Sonuç olarak sağlık açısından gebe kadın etkilenmektedir. Suçun koruduğu hukuksal yararlar içine ceninin gelecekteki yaşam hakkını da ilave ettiğimiz takdirde cenini de suçun hukuki konusu olarak kabul etmek gerekir. TCK m. 99'da belirtilen fiillerde mağdur, rızası olsa dahi, gebe kadındır. Nitekim maddenin 2. ve 5. fıkralarında bu rıza geçerli kabul edilmemiştir. Suçun mağdurunun gebe kadın olması çocuk düşürtme suçu fiilinin tipe uygunluğuna ilişkin olup suçun unsurudur, bunu önşart olarak kabul etmek mümkün değildir²³⁸.

Kitapçioğlu'na göre mağdur, gebeliğin sonlandırılmasına rıza göstermiş olsa dahi, gebe kadındır. Nitekim söz konusu rıza kanun tarafından geçersiz kabul edilmiştir. Ayrıca toplum ve kamu da suçun mağdurudur. Suçun konusu ise cenindir. Zira doğumdan önceki yaşamın korunması amaçlanmıştır²³⁹.

²³⁷ CAN, a.g.e., s. 85-86.

²³⁸ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, a.g.e., s. 291-293.

²³⁹ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 307.

Dönmez'e göre suçun konusu gebe kadın rahminde yer alan cenindir. Doğum anına kadar bu suçun konusu olabilir. Doğumdan sonra gerçekleştirilecek her hareket insan öldürme veya yaralama suçlarının kapsamındadır²⁴⁰.

Keskin Kızıroğlu'na göre TCK m. 99/1'de düzenlenen suçun konusu gebe kadın ve cenindir. Fakat burada kanun koyucu gebe kadının haklarını ceninin haklarından üstün tutmuştur. Korunan hukuksal yarar, gebe kadının anne olup olmamayı seçme hakkı olduğundan suçun mağduru gebe kadındır. Suçun işlenebilmesi için cenin rahimde canlı olmalıdır. Dolayısıyla cenin sıfatının kazanılma anı suç açısından önem arzeder. Nidation anı, başka deyişle zigotun yani döllenmiş yumurtanın rahmin iç zarına yerleşmesi anı ile cenin sıfatı kazanılır. Mağdurun gebe olduğunun zannedilmesi durumunda maddi unsurda hata söz konusu olur, kasten yaralama hükümleri değerlendirilebilir. TCK m. 99/2'de düzenlenen suçun mağduru ise cenindir. Gebeliğin onuncu haftasına kadar kadının anne olup olmamayı seçme hakkına üstünlük tanınmış, onuncu haftadan sonra ise ceninin yaşama hakkına kavuşma hakkı ve varlığını sürdürme hakkına üstünlük tanınmıştır. Ceninin haklarının sınırı gebe kadının sağlığı ve yaşama hakkıdır. Gebe kadının sağlığı, yaşamı açısından tehlike arzeden bir durum ortaya çıktığında kadının hakları ceninin haklarından üstün tutulmuştur²⁴¹.

Bakıcı'ya göre birinci ve ikinci fıkralarda düzenlenen suçların mağduru gebe kadındır. Gebelik her türlü delille, tanık beyanları ile de, kanıtlanabilir²⁴².

Hafizoğulları/Özen'e göre birinci fıkroda düzenlenen suçun konusu cenin, mağduru ise anne olma hakkı ihlal olunan gebe kadındır. İkinci fıkroda ise, rızası kanun koyucu tarafından geçerli kabul edilmeyen ve fail olarak nitelendirilen gebe kadın birinci fikranın aksine suçun mağduru değildir. Suçun mağduru insan hayatını koruma yükümlülüğü olan kamu idaresi, suçun konusu ise cenindir. Beşinci fıkroda

²⁴⁰ DÖNMEZ, a.g.e., s. 112.

²⁴¹ KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 172-179.

²⁴² BAKICI, a.g.e., s. 1019-1020.

düzenlenen suçun konusu rahimde on haftayı tamamlamayan cenin, suçun mağduru gebeliğin sonlandırılmasına rıza gösterse bile gebe kadındır²⁴³.

Güney Tunalı'ya göre suçun konusu, gebeliğin onuncu haftasına kadar cenin ve gebe kadının vücududur. Çünkü ilk on haftada kadının rızasına öncelik tanınmaktadır. Aynı zamanda suçun ön şartı olarak kadının gebe olması, ceninin canlı olması gerektiğinden cenin de suçun konusunu oluşturmaktadır. Ceninin canlı olmadığı, gebeliğin kendiliğinden sonlandığı fakat cenin veya parçalarının rahimde bulunduğu durumlarda yapılan rahim tahliyesi çocuk düşürtme suçunu oluşturmaz, şartları mevcutsa yaralama suçunu oluşturabilir. Gebeliğin onuncu haftasından sonra tek başına kadının rızası ikinci planda kalmakta, hatta ikinci fıkrada kadın da fail kabul edilmekte olduğundan gebeliğin bu döneminde suçun konusunu öncelikle cenin oluşturur. Suçun mağduru, cenin kişi olarak kabul edilmediği için cenin olamaz. Rızası olmadan gerçekleştirilen fiillerde kadın suçun mağdurudur. İkinci fıkrada rıza gösteren kadın ayrıca fail olarak düzenlendiğinden mağdur olamaz. Gebe kadının eşinin de mağdur olarak kabul edilebileceği durumlar söz konusu olabilir, her somut olayda ayrıca dikkate alınmalıdır. Toplum, çağ ve koşullara mağdur olarak kabul edilebilir. Cumhuriyetin ilk yıllarda toplum da suçun mağduru iken, günümüzde değildir²⁴⁴.

Ertuğrul'a göre birinci fıkrada düzenlenen suçun konusu cenindir. Ceninin düşmesi ile suç tamamlandığından zarar suçudur. Suçun mağduru, henüz kişilik kazanmayan cenin değil, gebe kadındır. Gebe kadının eşi ise suçtan zarar görendir. İkinci ve beşinci fıkrada düzenlenen suçun konusu yine cenindir ve suç zarar suçudur. Fakat suçun mağduru belirli bir kişi değil, toplumdur²⁴⁵.

Oktar'a göre suçun maddi konusu gebe kadının bedeni ve cenindir. Mağdur ise hem gebe kadın hem cenindir. Fakat TCK m. 99/2'nin ikinci cümlesi hükmüne göre on haftadan fazla gebeliğin sonlandırılmasına rıza gösteren gebe kadın fail

²⁴³ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, a.g.e., s. 141-144.

²⁴⁴ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 128-131.

²⁴⁵ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 88-107.

olarak cezalandırılacağından, burada sadece cenin mağdur sıfatına sahiptir. 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK'da düzenlenen gebe zannedilen kadına karşı işlenen gebeliği sonlandırmaya yönelik fiiller suç olarak düzenlenmediğinden gebe olmayan kadının suçun mağduru olması mümkün değildir²⁴⁶.

Hakeri'ye göre suçun konusu döllenme anından doğum gerçekleşene kadar kadının rahminde yer alan cenindir²⁴⁷.

Kanaatimizce birinci fıkrada kadının anne olma hakkı korunmaktadır, başka deyişle suçun hukuki konusu kadının anne olma hakkıdır. Suçun maddi konusu ise, cenin ve kadının vücut bütünlüğüdür. TCK kapsamında mağdur ancak gerçek kişi olabilir. Bu sebeple gebeliği sonlandırmaya yönelik fiiller işlendiği esnada kişi sıfatına sahip olmayan cenin mağdur olamaz. Bu durum bir bütün olarak değerlendirildiğinde birinci fıkranın mağduru, suçun konusunun sahibi olan gebe kadındır. Biyolojik baba ise, cenin tek başına kadının eseri olmadığından, suçtan zarar görendir. İkinci fıkrada suçun hukuki konusu ceninin gelecekteki yaşam hakkı ile toplumun varlığını sürdürme hakkıdır. Dolayısıyla suçun maddi konusu cenindir. İkinci fıkra suçu çok failli suçtur, yetkili kişi yanında rıza gösteren gebe kadın da suçun failidir. Aynı kişi bir suçun hem faili hem de mağduru olamaz. Bu sebeple ikinci fıkra suçunun mağdurunun gebe kadın olması mümkün değildir. Kişi sıfatına sahip olmayan cenin de mağdur olamaz. Mağduru belli olmayan devletin güvenliğine karşı işlenen suçlarda olduğu gibi ikinci fıkra suçunda mağdur tüm toplumdur. Nitekim bu fıkra ile toplumun varlığını sürdürme hakkı ve ceninin gelecekteki yaşam hakkı korunmaktadır. Beşinci fıkrada suçun hukuki konusu kamusal yarar, maddi konusu cenindir. Suçun mağduru ise ikinci fıkrada olduğu gibi açıklanan nedenlerle yine tüm toplumdur. Mağdur sıfatının doğru belirlenmesi zincirleme suç hükümleri uygulanırken önemini göstermektedir.

Ülkemizde yapay döllenme yöntemlerinden tüp bebek yöntemi uygulanmakta, taşıyıcı annelik yöntemi ise henüz mevzuatımızda yer almamaktadır.

²⁴⁶ OKTAR, a.g.e., s. 175-177.

²⁴⁷ HAKERİ, a.g.e., s. 859.

Kanaatimizce tüp bebek yönteminde, rahim dışında döllenmiş yumurta kadın rahmine yerleştirilmedikçe gebelik söz konusu olmayacağından suç oluşmaz. Gebelik olmadığından işlenemez suç söz konusu olur.

4.1.3 Fiil

Fiil, insanın iradi olarak dış dünyada oluşan davranışıdır. İcrai ya da ihmali şekilde, başka deyişle yapmak ya da yapmamak şeklinde gerçekleşebilir. İcrai fiil yapılması yasak olan fiilin yapılması, ihmali fiil ise kanunun kişiden yapılmasını beklediğini kişinin yapmamasıdır. İhmali suçlar sadece sırf hareket suçu, başka deyişle zarar neticesinin doğması gerekmeyip ihmal fiilinin yapılmasıyla tamamlanan suçlar, olarak meydana gelebilir. İcrai suçlar ise sırf hareket suçu veya neticeli suç olarak meydana gelebilir. İcrai suçlara teşebbüs mümkün, ihmali suçlara ise teşebbüs mümkün değildir. İhmali suretiyle icra suçu, failin neticeyi önleme yükümlülüğü bulunmasına rağmen neticenin gerçekleşmesine engel olmaması şeklinde gerçekleşen suçlardır. Failin neticenin gerçekleşmesini sağlayan olumlu bir davranışı yoktur fakat olumsuz davranışı ile hareketsiz kalarak neticenin gerçekleşmesine neden olmaktadır. Failin neticeye engel olma yükümlülüğü mevzuat, sözleşme ya da önceden gerçekleştirilmiş olan tehlikeli bir fiilden kaynaklanmaktadır. İhmali suretiyle icra suçlarında fiilin yapılması yeterli değildir, neticenin de meydana gelmesi gerekmektedir. Netice meydana gelmemişse teşebbüs söz konusu olabilir²⁴⁸.

TCK m. 99'da suçun maddi unsurunu oluşturan fiil bir kadının gebeliğine, gebe kadın dışındaki üçüncü bir kişi tarafından, son verilmesidir²⁴⁹. Fiilin işleniş şekline göre madde hükmünde herhangi bir sınırlandırma bulunmadığından serbest hareketli²⁵⁰ bir suçtur. Ceninin gebe kadınla bağının kopartılmasını sağlayan her fiil

²⁴⁸ ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 231-261; DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 221-238.

²⁴⁹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, a.g.e., s. 307.

²⁵⁰ Serbest hareketli suç, fiilin hangi hareketlerle gerçekleştirilebileceğinin kanunda belirtilmediği suçtur. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 265; KOCA, ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 121-122.

suçun işlenmesine elverişlidir²⁵¹. Fiil doğrudan rahime fiziksel müdahale şeklinde meydana gelebileceği gibi, biyolojik veya kimyasal araçlar vasıtasıyla ceninin yaşamsal fonksiyonlarının sona erdirilmesi şeklinde de meydana gelebilir²⁵². Elbette ki bu vasıtaların gebeliği sonlandırmaya elverişli olması gerekir²⁵³. Suçun oluşması için doğrudan rahime yönelik müdahalenin olması şart değildir²⁵⁴. Suçun işlenme şekli ceza verilirken dikkate alınır²⁵⁵.

Çocuk düşürtme suçunda fiil, gebelik süresince gebeliği sona erdirmeye elverişli her türlü müdahaleyi kapsar. Gebe kadının rahmindeki ceninin düşürtülmesi söz konusu olduğundan, kadının gebe olması ön şarttır²⁵⁶. Gebeliğin doğal veya suni şekilde meydana gelmiş olması suçun oluşmasında önem arzetmez²⁵⁷. Kanun koyucunun bu noktada bir ayrıma gitmediği, doğal yolla gebe kalan ile suni yolla uzun süren çabalar sonucu gebe kalan arasında ceza miktarı yönünden farklı bir düzenleme yapmadığı, ayrı bir nitelikli hal düzenlemediği, göze çarpmaktadır²⁵⁸.

Kanaatimizce bu konuda ceza kanununda ayrı bir düzenleme yapılmasına gerek yoktur. Çocuklara karşı işlenen öldürme ya da yaralama suçlarında her ailenin çocuğu için o güne kadar gösterdiği bakım ve özene göre farklı ceza miktarı öngörülmesi gibi bir düzenlemeye gidilemeyeceği gibi bu durumda da doğal veya suni yolla gebelik haline göre ceza miktarı yönünden farklılaşmaya gitmek doğru olmayacaktır. Doğal yolla gerçekleşen gebelik ile suni yolla gerçekleşen gebelik için harcanan süre veya emek birbirine denk olabileceği gibi, doğal yolun daha zahmetli gerçekleşme durumu da olabilir. Neticede suçun konusu değişmemektedir. Bu durum

²⁵¹ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, a.g.e., s. 293; OKTAR, a.g.e., s. 178-179.

²⁵² TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, a.g.e., s. 308; DÖNMEZ, a.g.e., s. 113; GÖKCAN a.g.e., s. 608.

²⁵³ ARTUÇ, a.g.e., s. 540.

²⁵⁴ DÖNMEZ, a.g.e., s. 113.

²⁵⁵ BAKICI, a.g.e., s. 1019.

²⁵⁶ GÖKCAN, a.g.e., s. 607-608.

²⁵⁷ ARTUÇ, a.g.e., s. 538.

²⁵⁸ DÖNMEZ, a.g.e., s. 112.

tazminat hukuku kapsamında hukuk mahkemelerinde somut olaya göre dikkate alınabilir, ceza hukuku kapsamında kanunda ayrıca doğal gebelik ile suni gebelik durumunda gebeliğin sonlandırılması yönünde ayrıma gidilmesi doğru olmayacaktır.

Fiilin işlendiği sırada ceninin gebe kadın rahmindeki gelişim sürecinin, yaşamsal fonksiyonlarının devam ediyor olması yeterlidir. Kadın rahmindeki cenin yaşamsal fonksiyonlara sahip değilse, gebe kadına karşı işlenen gebeliği sonlandırmaya yönelik fiiller çocuk düşürtme suçunu oluşturmaz²⁵⁹. Ceninin dışarıda yaşama kabiliyetine sahip olup olmaması önemli değildir²⁶⁰. Aynı şekilde kadının gebe olmamasına rağmen gebe olduğunun düşünülmesi durumunda da bu suç oluşmaz. Bu hallerde suçun konusu veya suçla korunan hukuksal yarar bulunmadığından işlenemez suç söz konusu olur, fail şartları varsa kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarından sorumlu tutulur²⁶¹. Doğum gerçekleştikten sonra yeni doğan bebeğe yönelecek onun varlığına zarar vermeye yönelik fiiller çocuk düşürtme suçunu değil, şartları varsa yaralama veya öldürme suçlarını oluşturacaktır²⁶². Doğum sırasında, kadın karnından tam olarak doğmadan ceninin yaşam fonksiyonlarını kaybetmesi durumunda kişi sıfatı kazanılamaz. Kişi sıfatını kazanamayan cenine karşı öldürme suçu işlenemez²⁶³. Benzer şekilde, rahim içinde yaşamsal fonksiyonlarını yitiren cenin de sağ doğmayacağı için kişi sıfatını kazanamaz, bu durumda da kasten ya da taksirle öldürme suçları işlenemez²⁶⁴. Bu

²⁵⁹ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAĞIZ, TEPE, a.g.e., s. 293-294.

²⁶⁰ HAKERİ, a.g.e., s. 863-864; DÖNMEZ, a.g.e., s. 112.

²⁶¹ CAN, a.g.e., s. 87.

²⁶² KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 173.

²⁶³ Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 2008/16443 Esas – 2008/14064 Karar sayılı ilamı: “... 765 sayılı TCK'nın 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 müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmesi olduğundan, sair yönleri incelenmeksizin hükmün öncelikle bu sebepten dolayı BOZULMASINA ...” şeklindedir.

²⁶⁴ Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 2008/18229 Esas – 2008/13979 Karar sayılı ilamı: “... Tüm dosya kapsamından bebeğin anne karnında öldüğü, sağ olarak doğmadığı, dolayısıyla kişi sıfatını

durumlarda şartları bulunduğu takdirde çocuk düşürtme suçunun oluşması mümkündür. Bıçak ya da başka bir araçla gebe kadının karnına yönelen yaralama fiili sonucu, ceninin rahim içindeyken yaralanarak erken fakat sağ doğmasına neden olunması durumunda, hayati tehlike geçiren yeni doğan bebeğe karşı kadın rahmindeyken işlenen fiil cenine karşı öldürme ya da yaralama suçlarını oluşturmayacak, gebe kadına karşı öldürme suçunun nitelikli halini gündeme getirecektir²⁶⁵.

Hakeri'ye göre beyin ölümü gerçekleşen gebe kadın, ceninin kurtarılma ihtimali var ise, yaşatılmalıdır. Çünkü çocuk düşürtme suçunun konusunu cenindir. Beyin ölümü gerçekleşmiş gebe kadın karnındaki yaşamsal fonksiyonları devam eden cenin de çocuk düşürtme suçunun konusunu oluşturacaktır. Kanun koyucu suçla doğum gerçekleşmeden önce var olan insan hayatını koruma altına almıştır. Beyin ölümü gerçekleşen gebe kadın ölüme terkedilirse, bağlı olduğu aletler kapatılırsa, rahimde bulunan gelişimini devam ettirebilecek olan cenin yaşamsal fonksiyonlarını kaybedeceğinden çocuk düşürtme suçu oluşur. Bunun için beyin ölümü gerçekleşmiş olmasına rağmen ceninin kadın rahminde yaşamsal fonksiyonlarının devam ediyor olması gereklidir. Ceninin yaşamsal fonksiyonlarının var olması yeterli olup, yaşama yeteneğinin olup olmaması önem arzetmez. Ceninin kurtarılması ihtimali yoksa, gebe

kazanamadığı anlaşıldığından sanığın eylemi taksirle ölüme neden olma suçunu değil, şartları bulunduğu takdirde başka bir suçu oluşturabileceği, hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmuş olduğundan, sair yönleri incelenmeksizin hükmün öncelikle bu sebepten dolayı BOZULMASINA ...” şeklindedir.

²⁶⁵ Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 2013/4825 Esas – 2014/2412 Karar sayılı ilamı: “... hamile olduğu, olay günü birlikte çalıştıkları eczanede tartışmaya başladıkları, Cenk'in ele geçmeyen bıçakla, Tuba'yı 7 kez yaraladığı, 2 tanesi batına نافذ olup laparotomiye ve uterus rüptürüne neden olan yaralar nedeniyle Tuba'nın hayati tehlike geçirdiği, Tuba'nın acil ameliyata alındığı ve bebeğin sectio ile erken doğurtulduğu, yenidoğan bebek Emir'in yumuşak doku kesişine ve spontan solunum olmadığı için entübe edilmesine neden olan kesici alet yarası nedeniyle hayati tehlike geçirdiği olayda; İnsan sıfatının, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kazanılabileceği, cenin henüz doğmamış olduğundan, kişi olarak vasıflandırmanın söz konusu olamayacağı, anneye karşı işlenen öldürmeye teşebbüs eyleminde ceninin de ölmesi ya da yaralanması halinde sanığın cenine karşı öldürme ve yaralama suçlarından ayrıca sorumlu tutulamayacağı, anneye karşı nitelikli kasten öldürme suçu ile ilgili hükümlerin uygulanabileceği anlaşıldığından, unsurları oluşmayan atılı suçtan sanığın beraati yerine, yazılı biçimde olası kastla yaralama suçundan mahkumiyetine karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiş olup, sanık Cenk müdafinin temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görülmediğinden, hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak BOZULMASINA ...” şeklindedir.

kadının yaşamını sona erdirmek suçun oluşmasına neden olmaz. Ceninin hayatta kalacak kadar kadın karnında büyüme ihtimali tıbben mümkünse kadın o süre kadar yaşatılmalıdır. Kadının beyin ölümü değil de, herhangi bir müdahale olmaksızın doğal ölümü gerçekleştiğinde yine cenin yaşamsal fonksiyonlarını kaybedecektir. Fakat bu durumda çocuk düşürtme suçu oluşmaz²⁶⁶.

Fiil gebe kadına karşı işlenebilir. Gebe kalınmadan önce gebeliği önlemeye yönelik doğum kontrol yöntemleri, rahimde henüz bir cenin olmadığından suç oluşturmaz. Zigotun rahme yerleşmesine engel olacak her türlü araç suçun oluşmasına engel olacaktır²⁶⁷. Rahme yerleşme tamamlanmadıkça cenin sıfatı kazanılamayacağından, yerleşme anından önce suçun işlenmesi mümkün değildir.

TCK m. 99/1'de düzenlenen suç yönünden, rızanın var olduğu idda ediliyorsa, bu husus araştırılmalı, rızanın var olduğu kanaatine varılırsa ikinci fıkrada düzenlenen suçun oluşup oluşmadığı dikkate alınmalıdır. Hamilelik süresi tam olarak tespit edilmeli, tespit edilemediği takdirde ise sanık lehine değerlendirme yapılmalıdır²⁶⁸. Gebelik süresinin 10 haftadan fazla olduğunun kesin olarak tespit edilemediği durumda, bu şüpheli durum sanık lehine değerlendirilerek çocuk düşürtme suçunun işlendiği sabit olmadığından CMK m. 223/2-e gereğince beraat kararı verilmesi yerinde olacaktır²⁶⁹.

²⁶⁶ HAKERİ, a.g.e., s. 863-864.

²⁶⁷ KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 172-173.

²⁶⁸ BAKICI, a.g.e., s. 1019-1020.

²⁶⁹ Adana Bölge Adliye Mahkemesi 9. Ceza Dairesi'nin 2018/272 Esas – 2018/332 Karar sayılı ilamı ile esastan red olunup itiraz edilmeksizin kesinleşen Hatay 7. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2016/502 Esas – 2017/946 Karar sayılı ilamı; "... Tüm dosya kapsamı ve deliller bir arada değerlendirildiğinde; katılan sanık Fatma'nın 06.11.2013 tarihinde sanık doktor Ali A...'nin muayenehanesinde kürtajının yapıldığı, Hassa Devlet Hastanesi kayıtlarına göre çocuğun 11 haftalık olduğunun anlaşıldığını, Katılan Mustafa'nın kardeşinin çocuğunun rızası dışında alındığını belirttiği, katılan sanık Fatma da aynı şekilde eşinin kendisine baskı yaparak sanığın muayenesine götürdüğünü ve doktor sanık Ali A...'nin kesinlikle kendisine bebeği aldırarak isteyip istemediğine dair sormadığını belirterek şikayetçi olduğu, sanık Ali A...'nin alınan savunmasında üzerine atılı suçlamaları kabul etmediği, katılan sanık Fatma 'nın eşi Mahmut A... hakkında rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürtme suçuna ilişkin Hatay Cumhuriyet Başsavcılığınca 2013/18918 soruşturma numaralı dosyasında katılan sanığın çocuğunun kürtaj yapılarak alınmasında katılan sanık Fatma 'nın rızasının olduğu eşi Mahmut 'un katılan sanığın rızasını ortadan kaldıracak ölçüde ve etkinlikle bir zorlamada bulunduğuna yönelik mağdurun soyut beyanı dışında kesin ve inandırıcı delil

İhmal fiili, açıklandığı üzere, kişinin yapması gereken fiili yapmamasıdır²⁷⁰. Gebeliği sonlandırmaya yönelik fiil icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir. Gebe kadını gebelik süresince izleyip doğumu gerçekleştirecek olan sağlık personelinin ihmali sonucu gebeliğin sona ermesi hali ihmali fiiline örnek gösterilebilir²⁷¹. Erken doğan engelli bebeğin hekim tarafından tıbbi hiçbir müdahale gerçekleştirilmeksizin ölmesinin beklenmesi durumunda ise hekimin ihmali suretiyle kasten öldürme suçundan sorumluluğu doğabilir. Rahim dışında hayatta kalma ihtimali olmasa dahi,

bulunmadığından 24/04/2015 tarihli ek kovuşturmayaya yer olmadığına kararı verildiği, bu karara karşı verilen itiraz üzerine 18/04/2016 tarihinde itiraz reddedilerek kararın kesinleştiği, sanıklar üzerine yüklenen suç açısından öncelikle gebeliğin 10 haftadan fazla olup olmadığının belirlenmesinin gerektiği, buna ilişkin tek delilin ultrason görüntüleri olduğu, Hassa Devlet Hastanesinden alınan ultrason görüntülerinden en son 11 hafta 3 günlük gebelik mevcut olduğu ancak açıkça ilgili ultrason kayıtlarının Fatma A... 'a ait olduğunun tespit edilemediği, hastane ile yapılan yazışmalarda 18/03/2015 tarihli müzekkere cevabında katılan sanık Fatma 'nın gebelik durumu tanısı ile muayene edildiği, ancak hastanın gebelik haftasını belirtir bir bilginin Hastane Bilgi Yönetim Sistemi Kayıtlarında bulunmadığı ultrason cihazından da geriye dönük kayıt alınmadığı, 14/04/2017 tarihli müzekkere cevabında ultrason çıktısında hasta isminin cihazdan kaynaklı yazılmadığı ve katılan sanık tarafından sunulan ultrason çıktılarının Fatma A... 'a ait olup olmadığı kati tespitinin yapılamayacağı belirtiltiği, sanık Ali A... 'nın muayenesinden alınan ultrason görüntüsünde ise katılan sanığın isminin açıkça yazıldığı ve gebelik süresinin 10 hafta olarak belirlendiği, ultrason görüntüleri arasındaki çelişki sebebi ile Hassa Devlet Hastanesi Kadın Doğum Hastalıkları uzmanından uzman görüş alındığı ve 9 haftadan önce ultrason ile gebelik haftası arasındaki uyumsuzluğun 5 gün, 9-14 hafta arasında ise 7 günlük ultrason ile gebelik haftası arasında uyumsuzluk olabileceği belirtilmekle dosya İstanbul Adli Tıp Kurumuna gönderilmiş ve 05/07/2017 tarihli 6. Adli Tıp İhtisas Kurulu raporuna göre Tıbbi uygulamada gebelik yaşının son adet tarihine göre belirlendiği ancak annenin yumurtlama dönemine göre fetus gelişim haftasının değişebileceği ayrıca bu haftalarda USG ölçümlerinde (+/-)3-5 gün yanılma payı olabileceğinin tıbben bilindiği, Hassa Devlet Hastanesinin 04/11/2013 tarihli USG, CRL: 46mm, 11 hafta 3 günlük gelişiminde olduğu, bu ölçüme göre (+/-)3-5 gün yanılma payı dikkate alındığında kürtajın yapıldığı tarihte gebeliğin 10-11 hafta sınırında olduğu tam tarihinin mevcut verilerle tıbben bilinmeyeceğinin oy birliği ile belirtildiği anlaşılmakla; katılan sanık Fatma A... 'ın gebeliğinin 10 haftadan fazla olduğunun kesin olarak tespit edilemediği ve bu şüpheli durumun sanık ve katılan sanık lehine değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmakla sanığın üzerine atılı rızaya dayalı olsa bile gebelik süresi 10 haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürtme suçundan beraatine, katılan sanık Fatma A... 'ın ise gebeliği 10 haftadan fazla olduğu kesin olarak tespit edilemediğinden çocuğun düşürtülmesine rıza göstermeye ilişkin TCK 99/2-2. cümlesinde düzenlenen suç açısından beraatine, sanık Ali A... 'nın eyleminin TCK 99/1. maddesinde düzenlenen rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürtme suçu açısından değerlendirildiğinde ise zaten daha öncesinde eşi hakkında açılan rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürtme suçundan katılan sanık Fatma 'nın rızasının bulunduğu rızasını ortadan kaldıracak herhangi bir kesin ve inandırıcı delilin dosyada mevcut olmadığı belirtilerek ek kovuşturmayaya yer olmadığına karar verildiği aynı şekilde dosyada mağdur sanık Fatma A... 'ın soyut beyanları dışında rızası dışında çocuğun alındığı, düşürtüldüğüne ilişkin kesin ve inandırıcı delil bulunmaması sebebi ile TCK 99/1 maddesindeki suçun da oluşmayacağı anlaşılmakla ... " şeklindedir.

²⁷⁰ AYDIN, a.g.e., s. 55.

²⁷¹ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, a.g.e., s. 139-140.

yeni doğan bebeğin tıbbi müdahale hakkı bulunmakta olup, en azından acısını dindirecek müdahalenin hekim tarafından gerçekleştirilmesi gereklidir²⁷². Güney Tunalı'ya göre, kadının vücut dokunulmazlığına yönelecek müdahaleye rıza gösterme zorunluluğu bulunmamakta olup, rıza göstermediği durumlarda düşük gerçekleşirse suç oluşmaz. Rıza göstermesine rağmen gerekli müdahale yapılmazsa, ihmali fiil sonucu çocuk düşürtme suçundan sorumluluk söz konusu olur²⁷³. Oktar'a göre çocuk düşürtme suçunda kadının rızasının bulunup bulunmaması tipiklik unsurudur. On haftadan az gebelikte kadının rızası dahilinde gebelik sonlandırıldığı takdirde gebe kadının eşinin engelleme yükümüne aykırı davranarak ihmal suretiyle çocuk düşürtme suçunu işlediği kabul edilemez. Fakat kadının rızası olmaksızın gebeliğin sonlandırılması durumunda ya da rızası olsa dahi suç sayılan diğer durumlarda gebe kadının eşinin engelleme imkanına sahip olmasına rağmen bu yükümüne aykırı davranması durumunda ihmal suretiyle çocuk düşürtme suçunu işlediğini veya bu suça iştirak ettiğini kabul etmek gerekecektir²⁷⁴.

Kanaatimizce, ihmali suçlar sadece sırf hareket suçları şeklinde meydana gelip, ihmal fiilinin yapılmasıyla neticenin gerçekleşmesi gerekmeksizin tamamlanır. İcrai suçlar ise sırf hareket suçu ya da neticeli suç olarak meydana gelebilir. Çocuk düşürtme suçunda fiil sonucu ceninin yaşamsal fonksiyonlarının sona ermesi gerekmektedir. Çocuk düşürtme suçunun gerçekleşmesi için ceninin kadınla bağının koparılması neticesi meydana gelmelidir, aksi takdirde suç oluşmaz. Bu sebeple çocuk düşürtme suçu icrai suçtur. Kaldı ki ileride açıklanacağı üzere icrai suçlarda olduğu gibi bu suça teşebbüs mümkündür. Oysa ihmali suçlara teşebbüs mümkün değildir. Her ne kadar çocuk düşürtme suçu ihmali suç değil ise de, ihmal suretiyle icra suçudur. Esasen icrai fiille gerçekleştirilebilecek olan suçun ihmali fiille de gerçekleştirilebilmesi mümkündür. İhmal suretiyle icrada, neticeye engel olma yükümlülüğü bulunan failin neticenin gerçekleşmesine engel olmaması söz konusudur. Bu yükümlülük mevzuat, sözleşme veya önceden gerçekleştirilen tehlikeli fiil nedeniyle doğmuş olabilir. İhmal suretiyle icra suçunun da

²⁷² HAKERİ, a.g.e., s. 860.

²⁷³ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 135.

²⁷⁴ OKTAR, a.g.e., s. 184.

tamamlanması için neticenin gerçekleşmesi gereklidir, aksi takdirde teşebbüs söz konusu olur.

4.1.4 Netice

Netice, fiilin sonucu olarak dış dünyada meydana getirilen değişikliktir. Her suçun zorunlu unsuru değildir. Bu suçlar fiilin yapılması ile tamamlanır, neticesiz suçlar olarak adlandırılır. Eğer kanunda fiil sonucu belli bir neticenin de meydana gelmesi aranmışsa, suç netice suçudur²⁷⁵. Netice suçlarının tamamlanması için fiil yapıldıktan sonra bu fiilin sonucu olarak dış dünyada ayrıca bir netice ortaya çıkması aranır²⁷⁶. Neticenin fiilin hemen sonrasında gerçekleşmesi gerekmez. Önemli olan neticenin fiilin sonucu olması, başka deyişle yapılan fiil ile meydana gelen netice arasında uygun nedensellik bağının olmasıdır. İhmal fiilinde bu durum, neticenin ortaya çıkmasını önleme yükümlülüğü bulunmasına rağmen önlememek şeklinde kendini gösterir²⁷⁷.

Gebeliği sonlandırmaya yönelik fiil neticesinde ceninin gebe kadınla olan bağının koparılması, yaşamsal fonksiyonlarının sona erdirilmesi gereklidir²⁷⁸. Suç tipinin sadece fiilin gerçekleştirilmesiyle tamamlanmadığı, ayrıca bir neticenin de gerçekleşmesinin arandığı suçlara neticeli suçlar denir²⁷⁹. TCK m. 99'a göre suçun oluşması için gebeliği sonlandırmaya yönelik fiilin işlenmesi dışında ayrıca dış dünyada ceninin yaşamsal fonksiyonlarının da sona ermesi gerektiğinden suç netice

²⁷⁵ AYDIN, a.g.e., s. 56-57; ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 269-270; DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 242-243; KOCA, ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 129.

²⁷⁶ SOYASLAN, a.g.e., s. 84-85.

²⁷⁷ AYDIN, a.g.e., s. 57-59.

²⁷⁸ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 305.

²⁷⁹ ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 271.

suçudur²⁸⁰. Neticeli suçlarda teşebbüs icra hareketlerinin yarıda kalması şeklinde gerçekleşebileceği gibi, neticenin meydana gelmemesi şeklinde de gerçekleşebilir²⁸¹.

Çocuk düşürtme suçunda netice ceninin rahim dışına çıkartılarak gebeliğin sona erdirilmesidir²⁸². Bir başka deyişle gebe kadının rahminde yaşamsal fonksiyonları devam eden ceninin düşürülmesidir²⁸³. Yapılan müdahale ile ceninin yaşamsal fonksiyonlarına rahim içinde son verilmesi gerektiği gerektiği²⁸⁴ görüşüne katılmamaktayız. Gebe kadın üzerinde gerçekleştirilen fiil sonucu ceninin kadın rahminde yaşamsal fonksiyonlara sahip fakat yaşama kabiliyetine sahip olmadan çıkartılması durumunda da çocuk düşürtme suçu oluşacaktır. Bu durumda fiil teşebbüs aşamasında kalmış kabul edilemez. Yaşamsal fonksiyonlara sahip olarak çıkartılsa da çocuk düşürtme suçu oluşur. Önemli olan neticeye neden olan fiilin, cenin kadın rahmi içindeyken ve yaşamsal fonksiyonları devam ediyorken yapılmış olmasıdır. Neticenin, yani ceninin yaşamsal fonksiyonlarını kaybetmesinin, kadın rahmi içinde veya dışında gerçekleşmiş olması ise önem arz etmez²⁸⁵. Fakat müdahale gerçekleşmeden önce cenin zaten rahimde yaşamsal fonksiyonlarını yitirmişse, yapılan müdahale sonucu ceninin rahimden çıkartılması durumunda çocuk düşürtme suçu oluşmaz²⁸⁶. Ceninin yaşamsal fonksiyonlarını kaybetmesiyle, kaybetme anında, suç tamamlanmış olur²⁸⁷. Failin gebeliği sonlandırmaya yönelik fiili ile ceninin yaşamsal fonksiyonlarını kaybetmesi arasında illiyet bağı bulunmalıdır²⁸⁸. Müdahale

²⁸⁰ DÖNMEZ, a.g.e., s. 111.

²⁸¹ ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 271.

²⁸² ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAĞSIZ, TEPE, a.g.e., s. 295.

²⁸³ KESKİN KİZİROĞLU, a.g.e., s. 174.

²⁸⁴ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 305.

²⁸⁵ KESKİN KİZİROĞLU, a.g.e., s. 174; GÖKCAN, a.g.e., s. 608; OKTAR, a.g.e., s. 185-187.

²⁸⁶ PARLAR, HATİPOĞLU, a.g.e., s. 193.

²⁸⁷ GÖKCAN, a.g.e., s. 608.

²⁸⁸ Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 2012/1115 Esas – 2014/2460 Karar sayılı ilamı ile onanan Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2006/89 Esas – 2008/95 Karar sayılı ilamı; "... Her ne kadar sanık Süleyman K... ile, tanıklar Demet A... ve Sultan T... maktul Demet A... Ö... ' ün hastaneye geldiğinde hamile olduğu çocuğunun ölü olduğunu belirtmiş ve bu yönde Şarkışla Devlet Hastanesi kayıtlarına

erken doğuma yol açmış ve canlı olarak doğumun gerçekleşmesine rağmen, gebeliği sonlandırmaya yönelik hareket sonucu yeni doğan bebek yaşamını yitirmişse çocuk düşürtme suçu oluşacaktır²⁸⁹. Cenin kadın rahmindeyken bir müdahale söz konusu değil ise, doğumdan sonra yeni doğan bebeğe karşı yapılacak her türlü müdahale çocuk düşürtme suçuna değil, duruma göre yaralama veya öldürme suçlarına sebebiyet verecektir.

Meydana gelen netice, failin ceninin yaşamsal fonksiyonlarını sona erdirmeye yönelik fiili sonucu ortaya çıkmalı ve bu durum objektif olarak faile isnat edilebilir olmalıdır²⁹⁰. Dolayısıyla yapılan müdahale gebelik esnasında kadın rahminde yaşamsal fonksiyonları devam eden bir cenine karşı gerçekleştirilmeli ve bu durum cenin üzerinde etkili olmalıdır²⁹¹. Ceninin yaşamsal fonksiyonlarını kaybetmesine fail ya da failerin gerçekleştirdiği fiilin neden olduğu saptanamıyorsa lehe değerlendirme yapılmalıdır²⁹².

geçirilmiş ise de, dosya içerisinde mevcut 45 Adli tıp uzmanının katılımı ve 34 adli tıp uzmanının düşünceleri doğrultusunda hazırlanan Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun 07.02.2008 gün ve 36 sayılı raporunda açıkça belirtildiği üzere, maktul Demet A... Ö... 'ün 24 haftalık gebe olduğu 5-6 aylık çocuğunun kürtaj yoluyla batın içerisinde göbek kordonunun kesilerek öldürüldükten sonra alet kullanılıp parçalanarak dışarı çıkartıldığı, maktulün ölümünün ceninin aletle parçalanması sırasında oluşan uterus rüptürüne bağlı iç kanama sonucu meydana gelmiş olduğu ve hekimin eylemi ile ölüm arasında illiyet bağı bulunduğu, ceninin düşürtülmesi ve gebeliğin sonlandırılması için tıbbi bir zorunluluğunun bulunmadığı, Şarkışla Devlet Hastanesi tarafından maktul Demet A... Ö... hakkında düzenlenmiş olan hasta müşahede evrak ve ameliyat bültenin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmiş olduğu anlaşıldığından, ... Sanık Süleyman K... ' nun eylemi mahkememizce Kadının ölümüne neden olan rızaya dayalı çocuk düşürtme olarak kabul edilmiş olup, eylemine uyan ve suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 Sayılı TCK nun 468/4-1.cümle, 59, 31, 33 maddeleri ile suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK nun 99/4.2.cümle, 62, 53 maddeleri ayrı ayrı ve bir bütün olarak sanık hakkında uygulandığında tüm hukuki neticeleri göz önünde bulundurulduğunda, sanığa uygulanacak yasa hükümlerindeki hürriyeti bağlayıcı cezaların alt ve üst sınırları göz önünde bulundurulduğunda 5237 sayılı TCK'nın hükümlerinin sanığın açıkça lehine bulunması nedeniyle sanık Süleyman K... ' nun Kadının ölümüne neden olan rızaya dayalı çocuk düşürtme suçundan 5237 Sayılı TCK nun 99/4-2.cümle, 62, 53/2, 53/1.a-b-d-e, 53/1.c, maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar vermek gerekmiş, bu yönde mahkememizde oluşan tam vicdani kanaat ile aşağıdaki hüküm tesis edilmiştir ..." şeklindedir.

²⁸⁹ DÖNMEZ, a.g.e., s. 113.

²⁹⁰ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAĞSIZ, TEPE, a.g.e., s. 295.

²⁹¹ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 305.

²⁹² Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 2014/10259 Esas – 2015/2011 Karar sayılı ilamı ile onanan Bergama Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2012/71 Esas – 2014/169 Karar sayılı ilamı; "... müşteki sanık

Kanaatimizce suçun oluşması için gebeliği sonlandırmaya yönelik fiil sonucu ceninin rahim içinde canlılığını yitirmesi gerekli değildir. Önemli olan fiilin gerçekleştirildiği anda ceninin yaşamsal fonksiyonlarının devam ediyor olmasıdır, aksi takdirde suçun konusu olmadığından işlenemez suç söz konusu olur ve şartları varsa yaralama suçundan sorumluluk doğabilir. Kadın rahminde yer alan cenine karşı işlenen gebeliği sonlandırmaya yönelik fiil sonucu ceninin rahim içinde yaşamsal fonksiyonlarını yitirmesi durumunda çocuk düşürtme suçu oluşacağı gibi, rahim dışında yaşamsal fonksiyonlarını yitirmesi durumunda da çocuk düşürtme suçu oluşacaktır. Önemli olan neticenin, cenin kadın rahminde iken gerçekleştirilen fiil sonucu meydana gelmesi, gebeliği sonlandırmaya yönelik fiil ile ceninin yaşamsal fonksiyonlarını yitirmesi neticesi arasında uygun illiyet bağının olmasıdır. Gebeliğin başlangıcından, gebeliğin sonu olan, kişiliğin kazanıldığı tam ve sağ doğum gerçekleşene kadar çocuk düşürtme suçunun işlenmesi mümkündür. Tam ve sağ doğum gerçekleştikten sonra ise yeni doğan bebek artık kişi sıfatını kazanacak ve ona yönelen fiiller çocuk düşürtme suçunu oluşturmayacaktır. Cenin yaşamsal fonksiyonlara sahip olmaksızın doğmuşsa ya da gebeliği sonlandırmaya yönelik fiil sonucu rahim dışında cenin yaşamsal fonksiyonlarını yitirmişse, başka deyişle çocuk düşürtme suçunun neticesi gerçekleşmişse, rahim dışındaki bu cenine karşı TCK'nın 130. maddesinde düzenlenen kişinin hatırasına hakaret suçunun işlenmesi mümkün değildir. Çünkü çocuk düşürtme suçu kişi sıfatına sahip olmayan cenine karşı işlenir, kişinin hatırasına hakaret suçu ise bir kimse öldükten sonra işlenebilecek bir suçtur. Cenin kişilik kazanmamış bir varlık olduğundan ölmesi söz konusu olmaz, cenin düşmesi sonucu yaşamsal fonksiyonlarını kaybeder. Tam ve sağ doğum gerçekleşip

Fatma T...'ın 22/06/2011 tarihinde ölü halde cenin doğumu gerçekleştiği ve ATK İzmir Grup Başkanlığı Morg İhtisas Dairesi'nin 23/08/2011 tarihli 2011/3880-966 sayılı raporunda ölü doğan ceninin gelişiminin 30-31. Gebelik haftası ile uyumlu olduğu, vücudunda anne karnında ölümüne sebep olabilecek travmatik bir bulgu tespit edilmediği, çürümeye bağlı değişiklikler saptandığı ve anne karnında öldüğünün anlaşıldığı, küçüğün anne karnındaki ölüm sebebinin tespit edilemediğinin bildirildiği tüm dosya kapsamından anlaşılmalıdır; Her ne kadar sanıklar Fatma ve Muzaffer anne karnındaki çocuğu düşürmek için hareketlerde bulduklarını ifade etmişler ise de; Morg İhtisas Dairesi'nin 23/08/2011 tarihli raporu kapsamı karşısında anne karnında öldüğü belirlenen çocuğun sanıkların eylemlerine bağlı olarak hayatını kaybettiğine dair her türlü şüpheden arınmış şekilde somut ve mahkumiyete yeterli delil bulunmadığından ve kesin ölüm nedeninin tespit edilemediği gibi travmatik izlerde bulunmadığı anlaşılmalıdır aşağıdaki yolda her iki sanığın beraatine dair hüküm kurmak gerekmiştir ...” şeklindedir.

cenin kişilik kazandıktan sonra yeni doğan bebeğe karşı işlenecek ona zarar vermeye yönelik fiiller niteliğine göre öldürme ya da yaralama gibi suçlara sebebiyet verebilir. Cenin rahimde yaşamsal fonksiyonlara sahip değilse, gebeliği sonlandırmaya yetkili olmayan kişilerce ceninin rahimden tahliye edilmesi durumunda çocuk düşürtme suçu oluşmaz. Burada fiili gerçekleştirenin yetkili veya yetkisiz kişi olması TCK m. 99 kapsamında önem arz etmez, çünkü fiil gerçekleştirildiği esnada rahimde yaşamsal fonksiyonlara sahip bir cenin bulunmamakta olup, suçun konusu yoktur, işlenemez suç söz konusudur.

4.1.5 Nitelikli Unsurlar

Çocuk düşürtme suçunun nitelikli halleri üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarda düzenlenmiştir. Birinci fıkranın nitelikli hali üçüncü fıkra, ikinci fıkranın nitelikli hali dördüncü fıkra düzenlenmiş, beşinci fıkranın ikinci cümlesinde ise ilk dört fıkranın nitelikli hali düzenlenmiştir.

4.1.5.1 TCK m. 99/3, 4

TCK m. 99/3 gereğince beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespiti için uzman hekimden veya Adli Tıp Kurumu'ndan rapor aldırılmalıdır²⁹³. Beden veya ruh sağlığında bozulmanın kalıcı olması gerekmez, geçici bozulmada da nitelikli halin olduğu kabul edilir. Mağdurun fiilden önceki haline göre beden veya ruh sağlığında meydana gelen duruma göre tespit olunur²⁹⁴. Bozulmadan anlaşılması gereken, düşürme fiili sonucu gerçekleşmesi olağan bozulmalar değil, daha ciddi bozulmalardır. Ertuğrul'a göre nitelikli halin tespiti için kadının tekrar tekrar hastane veya ATK'ya sevk edilmesi, kadının adli süreçte beden veya ruh sağlığının bozulmasına sebep olabileceğinden bu durum nitelikli hal olmaktan çıkarılmalı, suç sonucu öngörülen cezai yaptırımın alt ve üst sınırı arasındaki makas arttırılmalıdır.

²⁹³ DÖNMEZ, a.g.e., s. 130-131.

²⁹⁴ KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 176.

Bu doğrultuda cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarında beden veya ruh sağlığının bozulması hali nitelikli hal olmaktan 2014 yılında TCK’da 6545 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle çıkarılmıştır²⁹⁵.

TCK m. 99/4’ün basit halinin düzenlendiği TCK m. 99/2’de gebe kadın için de ceza öngörülmüş iken, nitelikli halinde yalnızca gebeliği sonlandıran fail açısından ceza öngörülmüştür²⁹⁶.

Gebe kadının rızası varsa nitelikli halin cezası daha azdır. TCK m. 99/4 ile TCK m. 99/3 nitelikli hallerinde düzenlenen ceza miktarları arasındaki fark dikkat çekicidir²⁹⁷.

4.1.5.2 TCK m. 99/5

TCK m. 99/5’de düzenlenen nitelikli hal ile gebe kadının sağlığı korunmak istenmiştir. Gebeliği sonlandıran kişi RTSHYDİT’de belirtilen yetkili kişilerden değil ise, gebe kadının rızası olsun olmasın nitelikli hal gerçekleşir ve ceza arttırılır²⁹⁸.

TCK m. 99/5’in ikinci cümlesinde “*yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller*” denilmekle, ayırım yapılmaksızın suçun basit halleri ve bu fıkra dışındaki nitelikli hallerini de kapsar şekilde ceza artırımı öngörülmüştür. Başka deyişle, üçüncü ve dördüncü fıkralardaki nitelikli haller yetkisiz kişilerce işlendiği takdirde, ayrıca beşinci fıkra gereği ceza artırımı yapılacaktır²⁹⁹. Güney Tunalı’ya göre kanun gerekçesi³⁰⁰ bu nitelikli halin sadece suçun temel şeklinin düzenlendiği birinci ve

²⁹⁵ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 103-119.

²⁹⁶ DÖNMEZ, a.g.e., s. 132.

²⁹⁷ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, a.g.e., s. 313-314.

²⁹⁸ DÖNMEZ, a.g.e., s. 133.

²⁹⁹ ARTUÇ, a.g.e., s. 546.

³⁰⁰ TCK m. 99 gerekçesinin 5. fıkraya ilişkin bölümü “*Beşinci fıkroda; rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından*

ikinci fıkra yönünden geçerli olacağı şeklinde ele alınmışsada, madde hükmü dördüncü ve beşinci fıkraları da kapsar niteliktedir³⁰¹.

Hafizoğulları/Özen'e göre, TCK m. 99/2'de düzenlenen suç yönünden dördüncü fıkroda nitelikli hal düzenlenmişken, beşinci fıkroda düzenlenen suç yönünden nitelikli hale yer verilmemiştir. Başka deyişle, beşinci fıkroda düzenlenen suç sonucu gebe kadının ölmesi ya da beden veya ruh sağlığının zarar görmesi haline kanunda yer verilmemiştir. Bunun sonucu olarak TCK m. 99/5'de düzenlenen suç işlendiğinde, rıza bulunmaması sebebiyle hem çocuk düşürtme suçundan hem de gebe kadının vücut bütünlüğü ihlali söz konusu olduğu için öldürme veya yaralama suçundan sorumluluk söz konusu olacaktır³⁰².

Gökcan'a göre beşinci fıkroda suçun nitelikli hallerine atıf yapılmadığından, rıza dahilinde yetkisiz kişice gebeliğe son verilmesi durumunda kadının ölmesi ya da beden veya ruh sağlığının zarar görmesi durumunda üçüncü ve dördüncü fıkralar uygulanamaz, gerçek içtima hükümleri uygulanmalı, hem beşinci fıkradan hem de duruma göre üçüncü ya da dördüncü fıkradan ayrı ayrı ceza verilmelidir³⁰³.

Kanaatimizce beşinci fıkra hükmünde yer alan “*rızaya dayalı olsa bile*” ifadesi suçun unsurudur. Beşinci fıkra suçunun gerçekleşmesi için kadının hukuken geçerli rızası olmalıdır. Gebelik süresi on haftadan az ise kadının gebeliği sonlandırma hakkı vardır fakat yetkisiz kişilerce bunun gerçekleştirilmesi durumunda çocuk düşürtme suçu oluşur. Kadının rızası olsa bile yetkisiz kişilerce gebelik süresi on haftadan az iken gebeliğe son verme durumunda yetkisiz kişi TCK m. 99/5'in birinci cümlesi hükmü gereğince cezalandırılır. Bu durumda gebe kadının ölmesi ya

düşürtülmesi, suç olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçların gebeliği sona erdirmeye konusunda meslek olarak yetkili olmayan kişiler tarafından işlenmesi, bu suçlardan dolayı verilecek cezanın artırılması sebebinin oluşturmaktadır.” şeklindedir. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., s. 130.

³⁰¹ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 172.

³⁰² HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, a.g.e., s. 144-145.

³⁰³ GÖKCAN, a.g.e., s. 612.

da beden veya ruh sağlığının zarar görmesi hali nitelikli hal olarak ayrıca kanunda düzenlenmemiştir. Oysa ikinci fıkrada hükmünde düzenlenen tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde gebelik süresi on haftadan fazla kadının rızası olsa dahi gebeliğin sonlandırılması suçu sonucu beden veya ruh sağlığının zarara uğraması ya da ölmesi haline dördüncü fıkrada nitelikli hal olarak yer verilmiştir. TCK m. 99/5'in birinci cümlesi ile TCK m. 99/2'nin birinci cümlesi arasında gebelik süresinin on haftadan fazla ya da az olması dışında başkaca bir fark yoktur. Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde on haftadan az gebelik durumunda yetkisiz kişinin kadının beden veya ruh sağlığının zarara uğramasına ya da ölmesine neden olması durumunda, rızaya dayalı olsa bile, ceza miktarının değişmemesi, suçu bu şekline kanunda nitelikli hal olarak yer verilmemesi eksiklidir. Her ne kadar kanunun gerekçesi beşinci fıkranın ikinci cümlesinde düzenlenen nitelikli halin birinci ve ikinci fıkrada tanımlanan suçlar yönünden ceza artırımını öngördüğü şekilde düzenlenmiş ise de, madde lafzı tüm fıkraları içerecek şekilde, *“yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller”* şeklinde, ele alınmıştır. Aksi durum üçüncü ve dördüncü fıkralarda düzenlenen nitelikli hallerde yetkili kişinin neden olması durumunda cezalandırılmasına, yetkisiz kişinin neden olması durumunda ise cezalandırılmamasına yol açacaktır. Yetkisiz kişi sadece suçu temel şeklinden cezalandırılmış olacak, nitelikli hallerde sebebiyet verdiği takdirde cezasız kalacaktır. Sonuç olarak beşinci fıkranın ikinci cümlesi lafzı açık olduğundan birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarda düzenlenen suçlar yönünden de uygulanmalıdır. Durumu netleştirmek adına kanun koyucu TCK m. 99/5'in ikinci cümlesinde açıkça fıkraları belirtebilir. Rızası olmayan kadına karşı ocuk düşürtme suçuunun yetkisiz kişilerce işlenmesi durumunda birinci fıkrada hükmü gereğince verilecek ceza yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu durumda üçüncü fıkradaki nitelikli hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda ise üçüncü fıkrada hükmü gereğince verilecek ceza yarı oranında artırılarak hükmolunur. Benzer şekilde, gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının rızası olsa bile tıbbi zorunluluk bulunmadığı takdirde yetkisiz kişilerce gebeliğine son verme durumunda ikinci fıkranın birinci cümlesinde öngörülen ceza yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu durumda dördüncü fıkradaki nitelikli hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda ise dördüncü fıkrada hükmü gereğince verilecek ceza yarı oranında artırılarak hükmolunur. Gebeliğin sonlandırılmasına rıza gösteren kadına verilecek ceza ise, yetkili kişilerce

suç işlendiğinde verilecek ceza ile aynı olup, yetkisiz kişilerce suçun işlenmesi durumunda rıza gösteren gebe kadına verilecek ceza değişmemektedir.

TCK m. 99/2’de yer alan tıbbi zorunluluk hali tipiklik unsuru olduğundan, tıbbi zorunluluk varsa, yetkisiz kişilerce gebelik süresi on haftadan fazla kadının rızası dahilinde gebeliğe son verme durumunda çocuk düşürme suçu oluşmaz. Şartları mevcutsa yaralama veya öldürme suçundan sorumluluk doğabilir. Fakat bu durumda tıbbi zorunluluk varlığı kabul edildiği için TCK m. 25/2 hükmü gereğince değerlendirme yapmak gerekecektir.

4.2. Manevi Unsur

Doğrudan kast³⁰⁴, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesidir³⁰⁵. TCK m. 99’da düzenlenen suçlar doğrudan kastla işlenebilir³⁰⁶. Failin fiillerinin cezalandırılabilmesi için, gebeliği sonlandırmaya uygun fiil ve neticeyi bilmesi ve istemesi gerekmektedir³⁰⁷. Başka bir deyişle, failin kastının gebe kadının rahminde bulunan ceninin kadınla yaşamsal bağını koparmaya yönelik olması gerekir³⁰⁸. Failin saiki önem arzetmez³⁰⁹, madde hükmünde bununla ilgili bir husus yer almamaktadır.

TCK m. 23’e göre³¹⁰ fiilin kast edilenden daha ağır veya başka bir neticenin meydana gelmesine neden olması halinde, sorumluluk için netice bakımından en

³⁰⁴ Doğrudan kastı tanımlayan TCK’nın 21/1. maddesi; “Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” şeklindedir. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., s. 45.

³⁰⁵ ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 329.

³⁰⁶ PARLAR, HATİPOĞLU, a.g.e., s. 197.

³⁰⁷ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 312.

³⁰⁸ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, a.g.e., s. 301.

³⁰⁹ MERAN, a.g.e., s. 299.

³¹⁰ TCK’nın 23. maddesi; “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 etmek gerekir. Başka deyişle gerçekleşen ağır veya başka netice bakımından bilinçsiz taksir³¹¹, bilinçli taksir³¹², olası kast³¹³ veya doğrudan kastla hareket söz konusu ise ağır neticeden sorumluluk vardır³¹⁴.

Gebe kadına karşı işlenen gebeliği sonlandırmaya yönelik fiil sonucu gebeliğin sona ermesi durumunda suçu nitelendirmek için manevi unsura bakmak gerekir³¹⁵. Failin kastı gebeliği sonlandırmaya değil de gebe kadını yaralamaya yönelik ise, şartları mevcut olduğu takdirde TCK m. 87/2-e'de düzenlenen yaralama suçunun nitelikli hali oluşabilir. Bunun için yaralama kastının olması ve gebeliğin sonlanmasının yanı sıra gebeliğin de biliniyor olması gerekir. Aynı şekilde failin kastı gebeliği sonlandırmaya değil fakat gebe kadını öldürmeye yönelmişse, gebeliğin bilinmesi şartıyla, diğer şartlar da mevcutsa, TCK m. 82/1-f'de düzenlenen nitelikli kasten öldürme suçu oluşabilir³¹⁶. Failin kastının gebeliği sonlandırmaya yönelik olduğu ve buna yönelik fiili sonucu ayrıca gebe kadının da ölümüne neden olduğu takdirde TCK m. 99'un 3. ya da 4. fıkralarının 2. cümlelerinde düzenlenen nitelikli haller oluşabilir³¹⁷. Bu durumda failin en azından taksirli hareketi bile yoksa,

azından taksirle hareket etmesi gerekir" şeklindedir. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., s. 49.

³¹¹ Bilinçsiz taksir, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış sonucu öngörülemez olarak gerçekleştirilmesi halidir. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 367.

³¹² Bilinçli taksir, fiilin neticesinin öngörülüp gerçekleşmesinin istenmemesi veya gerçekleşmesine ihtimal verilmemesi halidir. Burada kişinin kendine duyduğu özgüvenden dolayı neticenin gerçekleşmeyeceğini düşünmesi söz konusudur. Taksirli fiil açıkça kanunda suç olarak düzenlenmedikçe cezalandırılmaz. Bkz. AYDIN, a.g.e., s. 71-72.

³¹³ Olası kastı tanımlayan TCK'nın 21/2. maddesi; "*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır...*" şeklindedir. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., s. 45.

³¹⁴ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 168-169.

³¹⁵ BAKICI, a.g.e., s. 1018.

³¹⁶ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, a.g.e., s. 310-311.

³¹⁷ Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 2013/9652 Esas – 2015/6429 Karar sayılı ilamı ile onanan Gebze 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2007/313 Esas – 2012/2206 Karar sayılı ilamı; "*... Dava açan Gebze C.Başsavcılığının 25/05/2007 tarihli iddianamesinde müşteki Erdoğan P...'ın eşi Ayşe P...'ın hamile olduğu 6 tane çocukları bulunması nedeniyle hamileliğinin kürtaj yöntemiyle sonlandırılması için*

sadece suçun temel şeklinin düzenlendiği birinci ve ikinci fıkralardan cezalandırılır³¹⁸.

TCK'nın 99/3 ve 99/4. maddeleri kapsamında nitelikli hallerden sorumluluk belirlenmeden önce failin kastının neye yöneldiği saptanmalıdır. Öldürme veya yaralama kastıyla değil, gebeliği sonlandırma kastıyla hareket edildiği takdirde çocuk düşürtme suçu söz konusu olacaktır. Kastın gebeliği sonlandırmaya yönelik olduğu saptandıktan sonra ise kanunda düzenlenen nitelikli hal ile fiil arasında uygun nedensellik bağı olup olmadığı tespit edilmelidir³¹⁹. Failin TCK m. 99/3'den sorumlu olması için ağır neticenin gerçekleşmesinde en azından taksirli olması gerekmektedir. Dönmez'e göre, fail birden fazla hareket ve irade ile hem suçun basit halini hem de nitelikli halini işlemeyi amaçlamışsa gerçek içtima uygulanmalıdır³²⁰. Failin en azından taksirle, gebeliği sonlandırmaya yönelik hareketi sonucu ağırlaşmış netice meydana gelmelidir. Bu suçtan sorumluluk için kastı gebe kadını yaralamak olmamalıdır. Artuç'a göre gebeliği sonlandırmaya yönelik fiil zaten yaralama fiilidir.

sağlık kurumlarına müracat ettiği ancak daha önce muayene olduğu doktorların kürtaj taleplerini ret etmesi üzerine müşteki ile eşi ölen Ayşe P...'ın sanık doktor Harun A...'ün muayenesine gittikleri sanığın 400 TL karşılığında kürtaj yapmayı kabul ettiği, kürtaj sırasında ölen Ayşe P...'ın fenalaştığı ve Fatih Devlet Hastanesine kaldırıldığı ancak Ayşe P...'ın hastaneye ulaşmadan vefat ettiği sanığın 10 haftadan daha fazla olan ölenin gebeliğini donanımsız bir muayenehanesinde uygunsuz koşullarda sonlandırılan sanığın taksirle bir kişinin ölümüne neden olduğundan TCK'nun 85/1,53 maddelerine göre cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmış, yargılama sonucu toplanan delillerden sonra Gebze C.Başsavcılığının 16/04/2010 tarihli ek iddianamesi ile sanığın ölen Ayşe P...'ın gebeliğinin 10 haftadan fazla olmasına rağmen, tıbbi ve yaşamsal bir zorunluk olmadığı halde donanımsız olan muayenehanesinde uygunsuz koşullarda kürtaj yöntemi ile sonlandırdığı ve bu nedenle Ayşe P...'ın öldüğünden TCK'nun 99/2,53 maddelerine göre cezalandırılması için ek iddianame ile kamu davası açılmış, mahkememizce de sanığın suçunun subutu halinde TCK'nun 99/2-4-5 maddelerine göre cezalandırılması ihtimaline binaen CMK'nun 226 maddesine göre ek savunması alınmış, her iki iddianame içeriği ve dosya kapsamına göre sanığın eylemi bir bütün halinde TCK'nun 99 maddesinde tanımlanan çocuk düşürtme suçunu oluşturduğu anlaşıldığından sanığın gebeliği 10 haftadan fazla olan Ayşe P...'ın gebeliğinin tıbbi ve yaşamsal bir zorunluluk olmadığı halde donanımsız olan muayenesinde, uygunsuz koşullarda kürtaj yaparak ölümüne neden olduğundan sabit görülen eylemine uyan TCK'nun 99/2 maddesi yollamasıyla TCK'nun 99/4 maddesi 2. cümlesine göre suçun işleniş biçimi, suç konusunun önem ve değeri, sanığın taksire dayalı kusurunun ağırlığı, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı nazara alınarak takdiren ve teşdiden 5 YIL HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA ...” şeklindedir.

³¹⁸ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 168-169.

³¹⁹ BAKICI, a.g.e., s. 1021.

³²⁰ DÖNMEZ, a.g.e., s. 130-131.

Bu sebeple nitelikli halden sorumluluk için gebe kadın en azından basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde yaralanmalıdır. Faile bu nitelikli halden ceza verildiği takdirde yaralama suçundan ayrıca ceza verilemez. Zaten nitelikli halden sorumlu olması için failin kastının gebeliği sonlandırmaya yönelik olması gerekmektedir³²¹. Güney Tunalı'ya göre, hukuka aykırı şekilde müdahale eden hekimin, tıbben gerekli her türlü önlemi almasına rağmen öngörülemeyen nedenle kadının ölmesi durumunda ağır neticeden sorumluluğu yoktur. Hukuka uygun müdahale sonucu kadının ölmesi durumunda, hekimi taksirle öldürme suçundan sorumlu tutmak mümkün ise ağır neticeden sorumluluğu vardır³²². Failin kastı gebe kadını öldürmeye yönelmişse gebe kadına karşı işlenen kasten öldürme suçu söz konusu olur³²³. TCK m. 23 gereğince failin nitelikli halden sorumluluğu için en azından taksirli sorumluluğu bulunmalıdır. Taksirli hareketi dahi yoksa nitelikli halden cezalandırılmaz. Nitelikli hal bakımından olası kastla hareketi söz konusu ise TCK m. 61/2³²⁴ indirimi uygulanmak zorundadır³²⁵.

Olası kast, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların gerçekleşme ihtimalinin öngörülmesine rağmen olası sonuçları kabullenerek fiile devam edilmesinde söz konusu olur. Doğrudan kastta isteme vardır, olası kastta isteme yoktur. Olası kastta neticenin gerçekleşme ihtimalini öngörme ve kabullenme vardır. Olası kast durumunda teşebbüsten söz edilemez. Kanunda açıkça bilerek veya belli bir amaç ya da saikle işleneceği belirtilmeyen suçlar doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir³²⁶. Çocuk düşürtme suçunun olası kastla da işlenmesi

³²¹ ARTUÇ, a.g.e., s. 545.

³²² GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 171.

³²³ DÖNMEZ, a.g.e., s. 132.

³²⁴ TCK'nın 61/2. maddesi; "Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım, birinci fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılır" şeklindedir. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., s. 86.

³²⁵ MERAN, a.g.e., s. 297-298.

³²⁶ ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 331-340.

mümkündür³²⁷. Failin gebe olduğunu bildiği kadına yönelik fiiline ceninin zarar görebileceğini öngörmesine rağmen devam etmesi, neticeyi kabullenmesi ve ceninin yaşamsal fonksiyonlarını yitirmesine yol açması durumunda olası kastla çocuk düşürtme suçu söz konusu olacaktır³²⁸. Ertuğrul'a göre birinci fıkrada düzenlenen suç yönünden kadının rızası olmadığını fail bilmek zorundadır. Dolayısıyla suç sadece doğrudan kastla işlenebilir, olası kastla işlenmesi durumunda cezai sorumluluk yoktur. Yine ikinci fıkrada düzenlenen suç yönünden rızaya dayalı olsa bile müdahaleyi gerçekleştiren yetkili kişi ve rıza gösteren kadın tarafından failin neticesi bilinmek zorunda olduğundan sadece doğrudan kastla işlenebilir³²⁹.

İcrai davranışla işlenen suçlarda icrai failin gerçekleştirildiği anda, ihmali davranışla işlenen suçlarda ise failin yükümlü olduğu icrai fiili yapması gereken anda kastın varlığı bulunmalıdır³³⁰. Kasten yaralama ile çocuk düşürtme suçlarını karıştırmamak için failin kastına bakmak gerekir. Fail doğrudan cenine zarar vermek için gebe kadının karnına yumruk atıyorsa doğrudan kastla çocuk düşürtme suçundan sorumludur. Fail gebe olduğunu bildiği kadını yaralamak amacıyla yumruk atıyor ve ceninin zarar görebileceğini öngörmesine rağmen neticeyi kabullenip hareketine devam ediyorsa olası kastla çocuk düşürtme suçundan sorumludur³³¹. Fakat failin gebe kadına yumruk atarken gebe olduğunun farkına varması ve gebeliğin sonlanma ihtimalini bilmesine rağmen hareketlerine devam etmesi durumunda olası kastla çocuk düşürtme suçundan değil, olası kastla kasten yaralama suçunun nitelikli halinden sorumlu olur³³². Başka bir deyişle, fail kasten yaralamaya yönelik hareketleri yaparken kadının gebe olduğunun farkına varır ve gebeliğin sonlanma

³²⁷ KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 175; CAN, a.g.e., s. 89; MERAN, a.g.e., s. 300; ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, a.g.e., s. 301; KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 312; HAKERİ, a.g.e., s. 867; GÖKCAN, a.g.e., s. 613.

³²⁸ CAN, a.g.e., s. 89.

³²⁹ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 92-112.

³³⁰ ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 340.

³³¹ CAN, a.g.e., s. 89.

³³² KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 312-313.

ihtimalini göze alarak hareketlerine devam ederse olası kastla yaralama suçundan sorumlu olur³³³.

Güney Tunalı'ya göre, gebe kadının tıbbi müdahaleye rıza göstermesine rağmen gerekli müdahale hekim tarafından yapılmazsa, ihmali fiil gebeliğin sonlandırılması kastıyla yapılmışsa çocuk düşürtme suçundan, kadını yaralama kastıyla yapılmışsa yaralama suçundan sorumluluk söz konusu olur³³⁴.

TCK m. 22'de³³⁵ tanımlanan taksir, kanunun açıkça belirttiği hallerde, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sonucu suçun kanunda belirtilen maddi unsurlarının öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir³³⁶. Çocuk düşürtme suçunun taksirli haline kanunda yer verilmediğinden taksirle işlenmesi mümkün değildir³³⁷. TCK cenine yönelik kasten işlenen fiillere karşı bir koruma sağlamaktadır, taksirle işlenen fiillere karşı bir koruma içermemektedir. Taksirli suçların cezalandırılabilmesi için, TCK m. 22/1 gereği, kanunda açık bir hüküm bulunmalıdır. Bu suçun taksirli hali bakımından kanun boşluğu olduğu söylenebilir. Dolayısıyla hekimin yanlış ilaç vermesi sonucu gebeliğin sonlanmasına neden olması gibi durumlarda hekim çocuk düşürtme suçundan cezalandırılmaz. Şartları mevcutsa gebe kadına yönelik taksirle yaralama suçundan bahsedilebilir³³⁸. Failin gebeliği sonlandırmaya yönelik kastı olmaksızın

³³³ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAĞIZ, TEPE, a.g.e., s. 301.

³³⁴ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 135.

³³⁵ TCK m. 22 hükmü; "(1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır. (2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir. (3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır. (4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir. (5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir. (6) Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bir kadar indirilebilir." şeklindedir. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., s. 46.

³³⁶ ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 367.

³³⁷ ARTUÇ, a.g.e., s. 546.

³³⁸ HAKERİ, a.g.e., s. 344.

gebe kadına vurması durumunda, suçun taksirli haline kanunda yer verilmediğinden, çocuk düşürtme suçu oluşmaz³³⁹. Dönmez'e göre, suçun taksirli halinin de düzenlenmesi gereklidir³⁴⁰.

Çocuk düşürtme suçundan sorumluluk için gebelik süresi tam olarak belirlenmeli, belirlenemediği takdirde ise sanık lehine değerlendirme yapılmalıdır. Suçun taksirli haline kanunda yer verilmediğinden, kasten işlenebilir. Gebelik süresinin on haftayı geçmediği bilinmeli, failin kastı gebeliği sonlandırmaya yönelmeli ve buna ilişkin fiiller kasten gerçekleştirilmelidir³⁴¹.

TCK m. 99/5'den failin sorumlu olması için, hukuken yetkisiz olduğunu bilmesi gerekir. Keskin Kızıroğlu'na göre TCK'da yer alan düzenleme soyut tehlike suçu olarak değerlendirmeye elverişli biçimdedir. Failin yetkisiz kişi olması ağırlaştırıcı nedenin işlenmesi için yeterli görülmüştür. Somut tehlike oluştuğu takdirde, yetkisiz kişice gerçekleştirilen fiil kadının sağlığı açısından tehlike oluşturmuşsa, ağırlaştırıcı nedeni işletmek daha yerinde olacaktır³⁴². Nitelikli halin icrai veya ihmali fiille işlenmesi mümkündür. Hastanede tedavi altına alınan gebe

³³⁹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 2014/7058 Esas – 2016/5128 Karar sayılı ilamı ile onanan Gaziantep 8. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2012/539 Esas – 2013/306 Karar sayılı ilamı; "... Müşteki Fatma ile sanık Abdulkadir'in resmi nikahlı evli oldukları, müştekinin hamile olduğu ve sanık eşine hamile olduğunu söylediği, suç tarihinde sanığın eve gelerek müşteki eşine 'hadi hastaneye gidelim, çocuğu alduralım' dediği, müştekinin ise karşı çıkması üzerine, sanığın müştekiye 'sen anlaşılan insanlıktan anlamıyorsun' diyerek müştekinin karın bölgesine tekme ve yumruklarla vurarak darp ederek çocuğunu düşürtmeye çalıştığı, sanığın müştekiyi darp ederek, müştekinin rızası olmaksızın çocuğunu düşürtmeye çalıştığı ve bu eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı iddiası ile açılan kamu davasında sanığın suçlamaları kabul etmediği, olay günü resmi eşi olan katılanla aralarında tartışma yaşandığını kabul ettiği, tartışma sırasında müşteki eşinin kendisine 'sen erkeklik görevini yapsaydın bunlar olmazdı' şeklinde sözler söylediğini savduğunu ve bu sözler üzerine sinirlendiğini ifade edip eşine vurduğunu göğüs kısmından da ittirdiğini ikrar ettiği, olayın 1 gün sonrası müştekinin doktora müracaat ettiği, yaralanmasının tespit edilip BTM ile iyileşir kapsamında kaldığı, ayrıca müştekinin kadın doğum uzmanınca da muayenesinin yapıldığı, dosyaya celp edilen Cengiz Gökçek Kadın Doğum Hastanesi'nce tanzim edilen raporda ve Gaziantep Üniversitesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığı ve Üniversite Kadın Doğum Uzmanınca tanzim edilen raporda olay sonrası kanama olmadığı ve bu nedenle düşük tehlikesinin bulunmadığı yönünde kanaat bildirildiği, sanık hakkında TCK'nun 99/1, 35/1,2 maddeleri gereğince cezalandırılma istemiyle açılan kamu davasında toplanan delillere göre sanığın atılı suçu işlemeye yönelik kasıtlı hareket ettiğinin sabit olmadığı kanaatine varıldığından CMK 223/2-e maddesi gereğince atılı suçtan sanığın beraatine ..." şeklindedir.

³⁴⁰ DÖNMEZ, a.g.e., s. 115.

³⁴¹ BAKICI, a.g.e., s. 1022-1023.

³⁴² KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 176-177.

kadına verilmesi gerekli ilacı bilerek vaktinde vermeyen hemşirenin fiili ihmali fiile örnektir. Hemşirenin unutmaması sonucu ilacı vermemesi durumunda taksirli hareketi söz konusu olur. Bu durumda suçun taksirli hali kanunda yer almadığından taksirle yaralama suçundan sorumluluk vardır. Ertuğrul'a göre beşinci fıkrada düzenlenen suç yalnızca doğrudan kastla işlenebilir, olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Kanun metninde yer alan "*rızaya dayalı olsa bile*" ifadesi hukuka aykırılık unsurunu belirtmektedir³⁴³.

Kanaatimizce çocuk düşürtme suçunun olası kastla işlenmesi mümkündür. Failin gebe kadına yönelen fiili sonucu gebeliğin sonlanma ihtimali olduğunu öngörmesine rağmen, neticeyi kabullenip fiiline devam etmesine müteakip netice gerçekleştiği takdirde olası kastla çocuk düşürtme suçu oluşacaktır. Suçun taksirli haline kanunda yer verilmesi gereklidir. Doğum gerçekleştikten sonra çocuğa yönelecek fiillerin taksirle yaralama veya taksirle öldürme suçlarına sebebiyet vermesi mümkün iken, doğum gerçekleşmeden kısa süre önce cenine yönelecek taksirli fiillerin yaptırımsız bırakılması kanunda boşluk olduğunun göstergesidir. Doğumdan birkaç gün önce rahimde bulunan yaşamsal fonksiyonları devam eden ceninin, yeni doğmuş birkaç günlük bebekle aynı korumadan yararlanamaması kanunun eksikliğidir.

4.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, kanunda düzenlenen tipe uygun fiilin işlenmesine tüm hukuk düzenince izin verilmemesidir. Fiilin işlenmesini kanunen mümkün kılan kurallara hukuka uygunluk nedenleri denir. Hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu durumda fiil suç teşkil etmeyeceği için kamu davası açılmamalı, açılmışsa beraat kararı verilmesi gereklidir³⁴⁴. Hukuka uygunluk nedenlerini doktrinde ayrıca suçun

³⁴³ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 104-123.

³⁴⁴ ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 403-408.

unsuru kabul eden görüş olduğu gibi, fiil unsurunun olumsuz şartı olarak kabul eden görüş de vardır³⁴⁵.

TCK'da düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri; kanun hükmünü yerine getirme, hukuka uygun emrin ifası, meşru savunma, hakkın kullanılması, ilgilinin rızasıdır. TCK'nın 26/2. maddesinde³⁴⁶ ilgilinin rızası tanımlanmıştır. Suçun konusu üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkına sahip olan kişinin rızası doğrultusunda işlenen fiil karşılığı ceza verilmez. TCK'nın 25/2. maddesinde³⁴⁷ ise zorunluluk hali tanımlanmıştır. Zorunluluk hali hukuka uygunluk nedeni değildir, kusurluluğu kaldıran nedenlerdendir. Kişinin kendisine veya başkasına yönelik ağır ve muhakkak bir tehlike söz konusu ise, tehlikeye bilerek sebebiyet vermemesi ve tehlikeden başka türlü korunma imkanı bulunmaması durumunda orantılı şekilde işlediği fiillerden dolayı kişiye ceza verilmez³⁴⁸. TCK m. 27/1'e göre³⁴⁹ hukuka uygunluk nedenlerinin kast olmaksızın aşılması durumunda, fiilin taksirli haline kanunda yer verilmişse taksirli halden indirim yapılmak suretiyle ceza verilir. Burada dikkat özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle sınırın aşılması söz konusu olmaktadır³⁵⁰.

³⁴⁵ AYDIN, a.g.e., s. 81.

³⁴⁶ TCK'nın 26/2. maddesi; “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” şeklindedir. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., s. 51.

³⁴⁷ TCK'nın 25/2. maddesi; “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.” şeklindedir. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., s. 51.

³⁴⁸ ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 410-511.

³⁴⁹ TCK'nın 27/1. maddesi; “Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.” şeklindedir. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., s. 52.

³⁵⁰ ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 481-483.

Anayasamızın 17/2. maddesine³⁵¹ göre tıbbi zorunluluk veya kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz³⁵².

4.3.1 Süre Şartlı İlgilinin Rızası

NPHK'nın 5/1. maddesi³⁵³ hükmüne göre gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar sağlığı açısından tıbbi sakınca yoksa kadının talebi üzerine rahim tahliye edilir. Çocuk düşürtme suçundan sorumluluk için gebelik süresi tam olarak belirlenmeli, belirlenemediği takdirde ise sanık lehine değerlendirme yapılmalıdır. Rıza olup olmadığı her türlü delille ispat edilebilir. Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadına karşı işlenen fiilde rıza suçu hukuka uygun hale getirmez, ceza tayininde dikkate alınabilir³⁵⁴.

Dönmez'e göre gebeliğin onuncu haftasına kadar gebe kadının rızasının bulunması hukuka uygunluk nedenidir. Bu düzenleme ile kadının kendi vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkı, gebeliğin ilk on haftasında, ceninin yaşam hakkından üstün tutulmuş, on haftadan sonraki dönemde ise ceninin yaşam hakkı kadının kendi vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkından üstün tutulmuştur³⁵⁵. TCK m. 99/1 ve m. 99/2 hükmünden anlaşılacağı üzere on haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılması, gebe kadının rızası dahilinde mümkündür. On haftadan fazla gebeliklerin sonlandırılması ise gebe kadının rızası bulursa dahi mümkün değildir, suçtur³⁵⁶. Kitapçıoğlu'na göre, TCK m. 99 birinci ve altıncı fıkrasında

³⁵¹ 1982 Anayasası 17/2. maddesi; “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, erişim tarihi 13/05/2018.

³⁵² GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 143.

³⁵³ NPHK'nın 5/1. maddesi; “Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.” şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2827.pdf>, erişim tarihi 17/03/2018.

³⁵⁴ BAKICI, a.g.e., s. 1022-1023.

³⁵⁵ DÖNMEZ, a.g.e., s. 116.

³⁵⁶ KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 179.

belirtilen “rıza” hukuka uygunluk nedeni değil, tipiklik unsurudur. Gebe kadının rızası yoksa, tipiklik gerçekleşmez suç oluşmaz³⁵⁷. Keskin Kızıroğlu’na göre, rıza suçun maddi unsurudur, hukuka uygunluk nedeni değildir. Yalnızca tıbbi zorunluluk hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, gebe kadının rızası dışında gebeliğin sonlandırılması suçunda ifade edilen rıza, suçun unsurudur³⁵⁸. Artuç’a göre TCK m. 99/1’de rıza yokluğu suçun unsurudur, rıza varsa ikinci fıkrada düzenlenen suç söz konusu olabilir³⁵⁹. Güney Tunalı’ya göre, gebelik on haftadan az iken gebeliğin sonlandırılması, NPHK m. 5 hükmü de göz önüne alındığında hukuka uygunluk nedenlerinden kanun hükmünü icra kapsamındadır³⁶⁰. Ertuğrul’a göre ikinci fıkrada düzenlenen suç yönünden kanun metninin lafzı dikkate alındığında rıza olsun ya da olmasın gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. Oysa buradan anlaşılması gereken, hukuken geçerli kabul edilmese de rıza varlığının bulunmasıdır. Aksi durum ikinci fıkrada rıza olsun ya da olmasın on haftadan fazla gebeliğe yetkili kişi tarafından son verme halinin, birinci fıkrada ise on haftadan az gebeliğin rıza olmaksızın sonlandırılması halinin suç olarak düzenlendiğini kabul etmek anlamına gelecektir. Bunun sonucu olarak da, rıza olmaksızın yetkili kişi tarafından on haftadan az gebeliğin sonlandırılması durumunda on yıla kadar hapis, rıza olmaksızın yetkili kişi tarafından on haftadan fazla gebeliğin sonlandırılması durumunda iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilmesi gerekecektir. Bu durum adaletsizliğe yol açacaktır. İkinci fıkra da düzenlenen suç yönünden açıklanan rıza cebir, tehdit veya hile ile sakat olmamalıdır. Kanunen gebeliğin onuncu haftasına kadar gebeliğin sonlandırılmasına yönelik kadın tarafından verilen rıza müdahaleyi hukuka uygun hale getirecek, onuncu haftadan sonra verilen rıza ise müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Dolayısıyla cebir, tehdit veya hile olmaksızın verilen rıza varlığı halinde, gebelik süresi on haftadan fazla ise TCK m. 99/2’den sorumluluk doğacak, rızanın hiç bulunmaması durumunda ise TCK m. 99/1’den sorumluluk doğacaktır.

³⁵⁷ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 317.

³⁵⁸ KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 175.

³⁵⁹ ARTUÇ, a.g.e., s. 547.

³⁶⁰ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 162.

TCK m. 99/2’de kadının rızası hukuka uygunluk nedenlerinden ilgilinin rızası kapsamında değil, fiilin tipiklik unsuru kapsamındadır³⁶¹. Gökcan’a göre TCK m. 99/1’de rıza yokluğu suçun unsurudur. Rıza yoksa TCK m. 99/2’de düzenlenen suç oluşabilir. TCK m. 99/2’ye göre, on haftadan az gebelik söz konusu ise, yetkili kişi tarafından gebeliğin sonlandırılması durumunda rızanın varlığı fiili hukuka uygun hale getirir. Rıza yoksa gebeliğin süresi önem arzetmeksizin, on haftadan az ya da fazla gebeliklerde 1. fıkrada düzenlenen suç gündeme gelecektir³⁶². Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe’ye göre birinci, ikinci ve altıncı fıkralarda yer alan gebe kadının rıza tipiklik unsurudur, hukuka uygunluk nedeni değildir. Rıza varsa fiil için kanun maddesinde aranan tipiklik gerçekleşmez. Fiile yönelik rıza, bilinci tam ve yerinde olduğu hallerde, yalnızca gebe kadın tarafından verilebilir. Çünkü kadının vücut bütünlüğü ve rahminde yer alan ceninin geleceği hakkında karar verme hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır³⁶³.

Kanaatimizce TCK m. 99’un birinci, ikinci ve beşinci fıkralarında düzenlenen rıza, tipiklik unsurudur, hukuka uygunluk nedeni değildir. Birinci fıkra suçunun oluşması için gebe kadının rızası olmamasına rağmen fiil gerçekleştirilmelidir. Aksi takdirde suç oluşmaz. İkinci ve beşinci fıkra hükümlerinde yer alan “*rızaya dayalı olsa bile*” ifadesi, hukuken geçerli rıza bulunması anlamına gelmektedir. İkinci fıkra hükmüne göre hukuken geçerli olacak şekilde verilmiş rızanın varlığı halinde, tıbbi zorunluluk yoksa, gebelik süresi on haftadan fazla kadının gebeliğini sonlandırmak suç olacaktır. Beşinci fıkra hükmüne göre de hukuken geçerli olacak şekilde verilmiş rızanın varlığı halinde, gebeliği sonlandırmaya yetkili olmayan kişilerce, gebelik süresi on haftadan az kadının gebeliğini sonlandırmak suç olacaktır. Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere birinci fıkra suçunun oluşması için rıza hiç bulunmamalı veya hukuken geçerli olmayacak şekilde verilmiş rıza bulunmalı³⁶⁴,

³⁶¹ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 108-117.

³⁶² GÖKCAN, a.g.e., s. 609-611.

³⁶³ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, a.g.e., s. 296-299.

³⁶⁴ 5237 sayılı TCK 99. maddesi gerekçesi; “... *Maddenin birinci fıkrasında, hukuken geçerli rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürtülmesi, suç olarak tanımlanmıştır...*” şeklindedir. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., s. 130.

ikinci ve beşinci fıkra suçlarının oluşması için ise hukuken geçerli olacak şekilde verilmiş rıza bulunmalıdır. Kanun koyucu “*rızaya dayalı olsa bile*” ifadesi ile 5. fıkroda, aslında rıza ile gebeliğin onuncu haftasına kadar gebelik sonlandırılabilirken yetkisiz kişilerce bunun yapılması durumunda rıza varlığının suçun oluşmasına engel olmayacağını vurgulamak istemiştir. Benzer şekilde 2. fıkroda gebeliğin onuncu haftasından sonra tıbbi zorunluluğun olmadığı hallerde rıza varlığının suçun oluşmasına engel olmayacağı vurgulanmak istenmiştir. Kadın rızasını cebir, tehdit veya hile ile sakat olmaksızın hukuka uygun şekilde açıklamalıdır. Aksi takdirde hukuka uygun şekilde açıklanmış rıza olmadığından 1. fıkroda düzenlenen suç oluşacaktır. TCK m. 99’un altıncı fıkrası ise, ileride ayrıntılı açıklanacağı üzere³⁶⁵, hakkın kullanılması kapsamında hukuka uygunluk nedenidir. Altıncı fıkra hükmüne göre gerekli rıza, hukuken geçerli rıza olmalıdır. Hukuken geçerli olmayacak şekilde verilen rıza durumunda ya da rızanın hiç olmaması durumunda hukuka uygunluk nedeninin maddi unsuru eksik olacağından, altıncı fıkra hükmünden yararlanmak mümkün olmayacaktır. Benzer şekilde TCK’nın 99. maddesi ile paralellik arzeden NPHK m. 5/1 hükmü de, hukuka uygunluk nedenlerinden TCK m. 26/1 kapsamında hakkın kullanılması niteliğindedir. Mevzuatımızda gebeliğin ilk on haftasına kadar gebeliği sonlandırmak kadın için hak olarak tanınmıştır. Hekimin de bu kapsamda kadın üzerinde gerçekleştireceği müdahale hakkın kullanılması kapsamındadır. Hakkını kullanan kişinin fiili suç değildir, cezalandırılmaz. Müdahalede bulunan hekimin bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanması için kadının hukuka uygun rızası bulunmalı ve hekim gebeliği sonlandırmaya yetkili kişilerden olmalıdır.

TCK’da gebe kadının eşinin rızası hukuka uygunluk nedeni açısından aranmamış, kadının kendi vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf etme hakkı üstün tutulmuştur. Bu kapsamda gebe kadının rızasının geçerliliğine dikkat etmek gerekir. Geçerli rızanın söz konusu olması için TMK kapsamında fiil ehliyetine sahip olmak önem arz etmez. Rıza gösteren gebe kadın müdahalenin anlam ve sonuçlarını algılayabilecek zihne sahip olmalı, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 22. maddesi

³⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. başlık “4.3.2 TCK m. 99/6”.

gereği müdahale konusunda gebe kadın aydınlatılmalıdır³⁶⁶. Aydınlatma geçerli rıza için önşarttır. Tıbbi müdahale öncesi hem gebelik süresi tespit edilmeli hem de gebe kadın müdahale konusunda aydınlatılmalıdır³⁶⁷. Aydınlatma yükümlülüğü rıza alınmadan önce gerçekleştirilmeli, müdahale de rıza verildikten sonra gerçekleştirilmelidir. Rızanın müdahale başlamadan önce bulunması yeterli değildir. Müdahale süresince, müdahalenin başlangıcından sonuna kadar, rızanın varlığı fiili hukuka uygun hale getirir. Aksi durumda müdahale başladıktan sonra verilen rıza, fiili hukuka uygun hale getirmez. Aynı şekilde müdahale devam ederken geri alınan rıza da bundan sonraki fiillerin hukuka aykırı olmasına yol açacaktır. Fakat bu durumda, Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddesinin son fıkrası gereği, tıbben müdahalenin durdurulması mümkün olmalıdır. Durdurma gebe kadının sağlığı açısından tehlike arz ediyorsa müdahaleye devam etmek hukuka uygun sayılacaktır. Dönmez'e göre bu durum rızanın genel ilkeleriyle uyuşmasa da kişinin vücut bütünlüğü ve yaşama hakkının üstün tutulması nedeniyle kabul edilebilir³⁶⁸. Akıl hastalığı nedeniyle irade gücü bulunmayanın geçerli rızasından bahsedilemez. Aynı şekilde hile veya tehditle elde edilen rıza da geçerli değildir³⁶⁹.

Güney Tunalı'ya göre on haftadan az gebeliklerde, kadının rızası doğrultusunda müdahale gerçekleştirildiğinde, kadın yeterli şekilde aydınlatılmasa bile çocuk düşürtme suçundan sorumluluk söz konusu olmaz. Bu durumda gebeliğin sonlandırılmasına yönelik rıza geçerlidir. Fakat tıbbi zorunluluk nedeniyle müdahale gerçekleştirildiğinde, kadın yeterince aydınlatılmamışsa vereceği rıza geçersiz olup, suç nedeniyle sorumluluk meydana gelecektir³⁷⁰.

Rıza açıklamasının açık veya örtülü olması mümkündür. Gebe kadının müdahale konusunda aydınlatıldıktan sonra randevu alması durumunda örtülü olarak

³⁶⁶ DÖNMEZ, a.g.e., s. 117.

³⁶⁷ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 318.

³⁶⁸ DÖNMEZ, a.g.e., s. 118.

³⁶⁹ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 318.

³⁷⁰ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 147.

rıza gösterdiğini kabul etmek gerekir³⁷¹. Aynı şekilde müdahale konusunda bilgilendirilen kadına gerekli tıbbi işlemler uygulanırken kadının itiraz etmemesi de örtülü olarak rızasının bulunduğunu gösterir. Meran'a göre kadının gebeliğin sonlandırmasına rıza göstermesi üzerine gebelik sonlandırıldıktan sonra RTSHYDİT'nin 13. maddesinde³⁷² bahsedilen izin belgesinin kadın tarafından imzalanmaması durumunda suç oluşmaz³⁷³. Rıza ile gebelik sonlandırıldıktan sonra rızanın geri alınması durumunda, gebeliği sonlandırmaya yönelik fiilin yapıldığı ve tamamlandığı süre boyunca kadının rızası bulunduğundan, fiil hukuka uygun kabul edilecektir³⁷⁴.

³⁷¹ DÖNMEZ, a.g.e., s. 119.

³⁷² RTSHYDİT'nin 13. maddesi; “(1) On haftayı geçmeyen gebeliklerde yapılacak rahim tahliyesinde, gebe kadın, a) Reşitse kendisinden, b) Küçükse kendisinin rızası alınmakla birlikte velisinden, c) Vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyiz değilse, kendisinden ve vasisinden (Bu halde ayrıca sulh hakiminden de izin alınması gerekir), d) Evliyse eşinden, örneği Tüzük'e ekli izin belgesinin alınması gerekir. (2) Evli kimseye sterilizasyon ameliyatının uygulanması, eşinden, ayrıca, izin belgesi alınmasına bağlıdır.” şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.5.837395.pdf>, erişim tarihi 11/03/2018.

³⁷³ MERAN, a.g.e., s. 295.

³⁷⁴ Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 2016/5326 Esas – 2016/6448 Karar sayılı ilamı ile onanan İstanbul 43. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2014/1 Esas – 2015/316 Karar sayılı ilamı; “... olay günü müşteki Özlem'in yanına kardeşi Zilan N... 'ı da alarak Pendik'te bulunan hastaneye gittiği, bu esnada sanık Gürsel'in müşteki Özlem'i arayarak başka bir hastanede doktor bulunduğunu, kontrol için oraya gideceklerini söyleyerek buluşmak istediği, hastane kantininde sanık Gürsel ile müştekiler Özlem ve Zilan N... 'ın buluştukları, sanık Gürsel'in kullandığı araçla hastaneden ayrıldıkları, hastane yakınlarında sanık Gürsel'in diğer sanık Emel D... 'yı aynı araca bindirdiği, Emel'i müştekilere yeğeni olarak tanıttığı, hep birlikte bir müddet gittikten sonra bilinmeyen bir yerde sanığın aracı durdurup müşteki Zilan N... 'ın eline plastik kelepçeyle kelepçelediği, ve ayaklarını iple bağladığı, aracın bagajına koyduğu, müşteki Özlem'in de ellerini kelepçelediği, Formula 1 pistinin olduğu Akfırat beldesi civarında bir yerde sanık Gürsel'in aracı tekrar durdurarak müşteki Zilan N... ile diğer sanık Emel'i araçtan indirdiği, müşteki Özlem'le birlikte yola devam edip Alibeyköy'e geldiği, yolda gelirken telefon görüşmeleri yaptığı, Alibeyköyde açık adresi tespit edilemeyen bir muayene hanede doktor olarak çalışan sanık Sedat E... tarafından müşteki Özlem'in muayene edildiği, yine doktor Sedat'ın yanında sekreter olarak çalışan Saliha K... 'nın da müşteki Özlem'in muayenesi sırasında yardımcı olduğu, yasal bir engel olmaması ve müşteki Özlem'in tıbbi tahliye için belgesi adı altında 10/05/2010 tarihinde düzenlenen belgeyi imzalaması aynı belgeyi sanık Gürsel'inde imzalaması nedeniyle müşteki Özlem'in 8 haftalık bebeğinin tıbbi tahliye yöntemiyle alındığı, müşteki Zilan N... 'ın şikayeti üzerine sanıklar hakkında iş bu soruşturmanın açıldığı anlaşılmaktadır... Müşteki Özlem'in muayene edildiği, yine doktor Sedat'ın yanında sekreter olarak çalışan Saliha K... 'nın da müşteki Özlem'in muayenesi sırasında yardımcı olduğu, yasal bir engel olmaması ve müşteki Özlem'in tıbbi tahliye için belgesi adı altında 10/05/2010 tarihinde düzenlenen belgeyi imzalaması aynı belgeyi sanık Gürsel'inde imzalaması nedeniyle müşteki Özlem'in 8 haftalık bebeğinin tıbbi tahliye yöntemiyle alındığı, her ne kadar sanık Dr. Sedat E... 'nin yönünden müşteki Özlem'e yönelik müsnet çocuk düşürme ve bu suça iştirak suçunu işlediği iddia edilmiş ise de; yukarıda özetlenen olayda hukuka uygunluk sebebi olarak müşteki Özlem'in 10/05/2010 tarihli tıbbi tahliye için belgesini imzalaması,

Rızanın varlığı hekimin müdahale esnasında kusurlu davranışlarıyla gebe kadının vücut bütünlüğüne yönelik verdiği zararlar bakımından sorumluluğunu ortadan kaldırmaz³⁷⁵.

Ayırt etme gücü bulunan küçük veya vesayet altında olanın rızası konusunda iki farklı görüş vardır. Birinci görüşe göre NPHK m. 6³⁷⁶ gereğince küçüğün hem kendisinin hem velisinin rızasının varlığı, vesayet altında olan ergin veya ayırt etme gücü bulunmayanın ise vasisinin rızası ile sulh hakiminin izninin varlığı gerekmektedir. Küçük ya da vesayet altında olanın rızası olmadan veli ya da vasinin rızası ile gebeliğin sonlandırılması durumunda çocuk düşürtme suçu oluşacaktır. İkinci görüşe göre burada gebe kadının rızası kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanımını niteliğindedir. Küçük ya da vesayet altında olanın rıza yetkisi kısıtlanmaz. Ayırt etme gücü olmayanın veli ya da vasisinin rızası geçerli kabul edilebilir. Küçük ya da vesayet altında olan gebeliğin sonlandırılmasını istemesine rağmen veli ya da vasi istemezse, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin rıza kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması niteliğinde olduğundan gebeliğe son verme durumunda çocuk düşürtme suçu oluşmayacaktır³⁷⁷. Rıza açıklayabilmek için ergin olmak gerekmez, gebeliği sonlandırmanın ne olduğunu algılama yeteneğinin bulunması yeterlidir³⁷⁸. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre ayırt etme gücüne sahip küçük veya

aynı belgenin birlikte müşteki ile müracaat eden sanık Gürsel tarafından da imzalanması karşısında sanık Sedat'ın eyleminin hukuka uygun olduğu kanaatine varıldığından CMK 223/2-d maddesi uyarınca beraatine karar vermek gerekmiştir ...” şeklindedir.

³⁷⁵ DÖNMEZ, a.g.e., s. 119.

³⁷⁶ NPHK'nın 6. maddesi; “(1) 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. (2) 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. (3) 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.” şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2827.pdf>, erişim tarihi 11/03/2018.

³⁷⁷ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 318-319.

³⁷⁸ KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 174.

kısıtlı rıza açıklamasını tek başına yapabilir. Çünkü kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması niteliğindedir. Küçük veya kısıtlının rızası bulunmakta, veli ya da vasiinin rızası bulunmamakta ise önem arz etmez, gebelik sonlandırılabilir. Fakat ayırt etme gücünün bulunmaması durumunda veli ya da vasiinin rızası, yasal ve tıbbi kurallara aykırı olmamak şartıyla, geçerli kabul edilebilir. Küçük ya da kısıtlı ile veli ya da vasiinin hiçbirinin rızası olmaksızın gebeliğin sonlandırılması mümkün değildir³⁷⁹. Hakeri'ye göre sadece akıl hastalığı sebebiyle irade serbestisi olmayan gebe kadının NPHK m. 6 doğrultusunda rızasına gerek duyulmaz, bunun dışında küçük gebe kadının kendisinin rızası ve velisinin izni, vesayet altında bulunan ergin olmayan veya ayırt etme gücü bulunmayan gebe kadının kendisi ve vasiinin rızası ile sulh hakiminin izni gerekmektedir. Gebeliğin sonlandırılmasına yönelik rıza gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar verilmelidir. Rızanın onuncu haftadan önce verilip, tıbbi müdahale için randevu tarihinin onuncu hafta dolduktan sonraya verilerek müdahalenin gerçekleştirilmesi durumunda hukuka uygun müdahaleden bahsedilemez³⁸⁰. Oktar'a göre TCK m. 26/2'ye göre kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin rıza açıklaması doğrultusunda işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez. Gebeliği sonlandırmanın anlam ve önemini algılama yeteneğine sahip olan ayırt etme gücü bulunan gebe kadının verdiği rıza, yetkili hekim tarafından gerçekleştirilmek şartıyla, gebeliği sonlandırmaya yönelik fiili hukuka uygun hale getirecektir. Gebe kadının fiil ehliyetine sahip olması gerekli değildir. On haftayı geçmeyen gebeliklerde, kadının rızası dahilinde, yetkili hekim tarafından gebeliğe son verme durumunda fiil hukuka yine uygundur. NPHK m. 5/1'de yetkili kişiler belirtilmemiştir. RTSHYDİT m. 3'de yetkili kişiler gösterilmiştir. Yetkisiz kişice gebeliğe son verilmesine yönelik verilen rıza fiili hukuk uygun hale getirmez. Velayet ya da vesayet altında olan ayırt etme gücüne sahip gebe kadının rızası doğrultusunda gebeliğe son verilmesi durumunda tipe uygun fiil bulunmaz, suç oluşmaz. NPHK'da belirtilen kadının rızasına ilaveten veli

³⁷⁹ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAĞSIZ, TEPE, a.g.e., s. 297.

³⁸⁰ HAKERİ, a.g.e., s. 868-869.

ya da vasi ve sulh hakiminin izni fiilin hukuka uygunluk sebebi oluşturması için gerekmektedir³⁸¹.

Kanaatimizce burada gebe kadının kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak surette tasarruf edebileceği vücut dokunulmazlığı hakkı söz konusudur. Dolayısıyla tıbbi müdahaleye rıza verme yetkisi yalnızca ona aittir. Küçüğün ya da vesayet altında olanın, ayırt etme gücüne sahip olması şartıyla, rızası doğrultusunda gebeliği sonlandırma durumunda çocuk düşürtme suçu oluşmaz. Bu durumda velinin ya da vasinin müdahaleye rıza gösterip göstermemesi önemli değildir. Ayırt etme gücü bulunmayan küçük ya da vesayet altında olana yapılacak müdahalede veli ya da vasinin rızası olmaksızın müdahalede bulunulması durumunda ise suç oluşur.

TCK'da gebe kadının rızasının varlığı fiilin hukuka uygunluk nedeninden yararlanması için yeterli görülmüş, gebe kadının eşinin rızasının varlığı aranmamıştır. Erkek rıza göstermese de kadının rızasının varlığı fiili hukuka uygun hale getirecek ve suç oluşmayacaktır. Her ne kadar NPHK m. 6 gebeliğin sonlandırılmasında gebe kadının eşinin rızasının gerektiğini hüküm altına almış ise de bu durum TCK kapsamında önem arzetmemektedir. Erkeğin rızasının bulunmamasına rağmen gebeliğe son verilmesi durumunda NPHK'nın 8/2. maddesi³⁸² gereğince idari para cezası yaptırımını öngörölmüřtür³⁸³. TCK m. 99'da gebe kadının eşinin rızasından bahsedilmemiştir. Eşin rızasının varlığı ya da yokluğu TCK kapsamında anlam ifade etmemektedir. Eşin rızası ile, gebe kadının rızasına aykırı olarak, gebelik sonlandırıldığı takdirde çocuk düşürtme suçu oluřur³⁸⁴. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre TCK m. 99 kapsamında tipikliğin bir unsuru olarak rızanın yalnızca gebe kadın tarafından verilmesi yeterlidir. Gebe kadının eşinin rızası bulunmasa bile gebelik sonlandırılabilir, çocuk düşürtme suçu

³⁸¹ OKTAR, a.g.e., s. 194-201.

³⁸² NPHK'nın 8/2. maddesi; *"Bu Kanunun 3 üncü maddesinin beşinci fıkrası hükümlerine aykırı hareket edenlere, filleri suç oluşturmadığı takdirde mahallî mülki amir tarafından ikiyüz Türk Lirası idarî para cezası verilir."* şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2827.pdf>, erişim tarihi 11/03/2018.

³⁸³ DÖNMEZ, a.g.e., s. 114.

³⁸⁴ KİTAPÇIOğLU, a.g.e., s. 319-320.

oluşmaz³⁸⁵. Hakeri'ye göre gebe kadının müdahaleye karşı çıkmasına rağmen, eşinin talebiyle müdahale yapılması mümkün değildir³⁸⁶. Oktar'a göre gebe kadının rızası dahilinde, eşin rızası olmaksızın gebeliğin sonlandırılması durumunda fiil hukuka aykırı olmasına rağmen tipik değildir, çocuk düşürtme suçu oluşmaz. Gebe kadın evli ise, kendisinin ve eşinin rızası dahilinde gebeliğin sonlandırılması, TCK m. 26 hükmü gereğince hukuka uygundur. Bu durum ceninin, kadının mutlak surette tasarruf edebileceği bir varlık olduğu sonucunu doğurmaz. Burada kanun koyucu tarafından gebe kadının kendi geleceğini belirleme hakkına, ceninin yaşama hakkı yanında, üstünlük tanınması söz konusudur³⁸⁷.

Kanaatimizce TCK m. 99 kapsamında gebe kadının eşinin rızasının varlığı ya da yokluğu suçun oluşması açısından önem arzetmez. Kanun koyucu yalnızca kadının rızasının varlığını aramış, eşin rızasına madde metninde yer vermemiştir. Kadının rızası olmaksızın eşin rızası ile gebelik sonlandırıldığında suç oluşacak, kadının rızası dahilinde eşin rızası hilafına gebelik sonlandırıldığında ise suç oluşmayacaktır. Her ne kadar cenin hem kadının hem erkeğin eseri ise de, TCK m. 99/1'de gebe kadın mağdur, biyolojik baba ise suçtan zarar görendir. İkinci ve beşinci fıkrada ise mağdur toplumdur. Suçtan zarar gören sıfatıyla biyolojik baba CMK m. 237 hükmü gereğince ceza davasına katılabilir. Bu sebeple eşin rızasının TCK kapsamında aranmaması eksiklik değildir. NPHK m. 6'da eşin rızası aransa bile çocuk düşürtme suçu açısından bu durumun bir önemi bulunmamaktadır.

4.3.2 TCK m. 99/6

TCK m. 99/6 hükmüne göre, gebe kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması durumunda, gebeliğin yirminci haftasına kadar, rızası olduğu takdirde, gebeliğin uzman hekimlerce hastane ortamında sonlandırılması halinde suçu

³⁸⁵ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, a.g.e., s. 298.

³⁸⁶ HAKERİ, a.g.e., s. 867-869.

³⁸⁷ OKTAR, a.g.e., s. 198-199.

işleyenlere ceza verilmez. Kitapçioğlu'na göre RTSHYDİT m. 6'da³⁸⁸ on haftadan fazla gebeliklerin sonlandırılması için gerekli hastane ortamı ve personele ilişkin düzenleme yer aldığı için TCK m. 99/6'da ayrıca bunun belirtilmesi gerekli değildir³⁸⁹. Gebeliğin uzman hekimlerce hastane ortamında sona erdirilmesi için gerekli hastane masrafını karşılamaya gücü yetmeyecek kişilerin madde hükmünden yararlanamacağı da öğretilmektedir³⁹⁰. Ertuğrul'a göre "*uzman hekim*" ifadesi ile kastedilen yetkili hekimdir. Madde metninde "*yetkili uzman hekim*" ibaresinin kullanılması yerinde olacaktır³⁹¹.

Suç sonucu gebe kalan kadın rızası ile gebeliğin yirminci haftasına kadar gebeliğini sonlandırabilir. Burada gebe kadının kendi bedeni üzerinde tasarruf hakkı açısından yasal sınır daha geniş tutulmuş, gebeliğin yirminci haftasından sonra ise ceninin yaşam hakkına üstünlük tanınmıştır. Kanunda suç sonucu gebe kalındığına dair karar verme yetkisine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Dönmez'e göre, bu durumda kesin hükümle mahkeme kararı beklemek cezasızlık nedeninin uygulanabilirliğini engeller mahiyette olacaktır. Yine yalnızca gebe kadın beyanına itibar etmek gebeliğin sonlandırılmasını yirmi haftaya çıkarma tehlikesini ortaya çıkarır³⁹². Kanunda "*suç*" ibaresi kullanılmıştır. Fiilin suç olup olmadığı yargılama sonucu belli olur. Yargılama sonucu hüküm kesinleşmeden fiil suç olarak kabul edilemez. Artuç'a göre cezasızlık nedeninin oluştuğunu kabul etmek için objektif kriter olarak kamu davasının açılması için gerekli yeterli şüphe ölçütü esas alınmalı,

³⁸⁸ RTSHYDİT'nin 6. maddesi; "*On haftayı geçen gebelikte, rahim tahliyesi, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. Buralarda, Tüzük'e ekli (3) sayılı listede yer alan araç, gereç ve personelin bulunması zorunludur.*" şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.5.837395.pdf>, erişim tarihi 17/03/2018.

³⁸⁹ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 324.

³⁹⁰ CAN, a.g.e., s. 100.

³⁹¹ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 130.

³⁹² DÖNMEZ, a.g.e., s. 134-135.

fakat Cumhuriyet Savcısının kamu davası açıp açmaması beklenmeksizin yeterli şüphe varsa gebeliğin suç sonucu gerçekleştiği kabul edilmelidir³⁹³.

Cinsel saldırı, cinsel istismar, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu sonucu gebelik gerçekleşmişse madde hükmü uygulanabilir. Fakat fuhuş, zina ya da rızayla gerçekleşen ensest ilişki sonucu gebe kalma durumunda madde hükmünün uygulanma ihtimali yoktur. Evli veya bekar olmak önem arzetmez, kanunda aranan kriter suç sonucu gebeliğin gerçekleşmesidir³⁹⁴.

Kitapçioğlu'na göre suç sonucu gebe kalındığının tespiti için isnat edilen suç hakkında soruşturma olup olmadığı araştırılmalı, adli tıp kurumundan rapor alınmalı, soruşturma aşamasında savcıdan talepte bulunularak sulh ceza hakimliğinden karar alınmalıdır³⁹⁵. Parlar/Hatipoğlu'na göre gebeliğin mağdur olunan bir suç sonucu gerçekleşmesi yeterlidir. Gebeliğe sebep olan suç hakkında soruşturma veya kovuşturma başlayıp başlamaması, failin saptanmış olup olmaması cezasızlık nedeninin uygulanmasına engel değildir³⁹⁶. TCK m. 99/6'da belirtilen şartlardan biri eksikse cezayı kaldıran nedenden yararlanılamaz ve diğer fıkralarda düzenlenen madde hükümlerinden sorumluluk doğar. Şartların gerçekleşmesi sonucu cezasızlık nedeninin uygulandığı durumda ise, suçu işleyenler hakkında CMK m. 223/4-b hükmü gereğince ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilir³⁹⁷.

Tezcan/Erdem/Önok'a göre, gebe kadının TCK m. 102/2'de düzenlenen cinsel saldırı suçunun nitelikli hali, TCK m. 103/2'de düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hali veya TCK m. 104'de düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu mağduru olduğuna dair yeterli şüphe bulunması durumunda

³⁹³ ARTUÇ, a.g.e., s. 549.

³⁹⁴ GÜLŞEN, Recep, "Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara, 2008, s. 1219.

³⁹⁵ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 326.

³⁹⁶ PARLAR, HATİPOĞLU, a.g.e., s. 197.

³⁹⁷ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 328; PARLAR, HATİPOĞLU, a.g.e., s. 197.

cezasızlık nedeni uygulanabilir. Yeterli şüphe bulunduğu tespitinde hekim kanaati dikkate alınmalıdır³⁹⁸.

Meran'a göre cezasızlık nedeninin uygulanması için, gebeliğin suç sonucu gerçekleşip gerçekleşmediği hekim tarafından adli makamlardan sorulmalı ve gebelik süresiyle rızaya ilişkin NPHK ile RTSHYDİT'de belirtilen hükümlere uyulmalıdır³⁹⁹.

Hakeri'ye göre TCK m. 99/6 hükmü özel bir zorunluluk halidir. Kanunun mevcut düzenlemesinde savcılık tarafından bir soruşturma başlatılması yer almamaktadır. Bu durum eksikliklerdir, fakat kanunun mevcut haline rağmen hekim gebe kadının beyanına dayanarak müdahalede bulunmamalı, olayın adli makamlara ulaşmış olup olmadığına bakılmalıdır. Asılsız olarak olayı adli makamlara taşıyan gebe kadının çocuk düşürtme suçundan dolayı fail olarak sorumluluğu doğacaktır. Kadının, rızası olmadan eşinin cinsel saldırısı sonucu hamile kaldığı iddiası ile gebeliğini sonlandırdıktan sonra, şikayetten vazgeçmesi durumunda eşi cezasız kalacaktır. Rıza ile on sekiz yaşın altında olan iki kişinin birlikte olması durumunda veya on sekiz yaşı doldurmuş kız ile on sekiz yaş altı erkeğin birlikte olması durumunda madde hükmünün uygulanabilirliği sorun teşkil etmektedir. On beş yaş altında olma durumunda rıza olsa bile suç oluşacağından sorun yoktur. Kadının doğurma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğundan, ergin olmayan ayırt etme gücüne sahip gebe kadının çocuğu doğurmak istemesi fakat velisinin ceninin zorla düşürtülmesine yönelik izin vermesi durumunda gebeliğin sonlandırılması hukuka uygun olmayacaktır. Evli kadın için de aynı şekilde eşin rızasının alınması gerekmemektedir. 99. maddenin diğer fıkralarında hastane şartı aranmamasına rağmen altıncı fıkrada aranması, daha ileri seviyede bulunan gebelikte kadının sağlığının korunması amacını güttüğünden yerinde bir düzenlemedir⁴⁰⁰.

³⁹⁸ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, a.g.e., s. 313-314.

³⁹⁹ MERAN, a.g.e., s. 299.

⁴⁰⁰ HAKERİ, a.g.e., s. 863-880.

Güney Tunalı'ya göre, gebeliğin suç sonucu meydana gelip gelmediğinin tespitinin hekim takdirine bırakılması yerinde olmayacaktır. Geçici bir çözüm olarak, suç şüphesi olduğunda, gebeliğin 20 haftayı geçmesinden önce soruşturmanın sonlandırılarak iddianame düzenlenebilmesine imkan tanıyan bir kanuni düzenleme yapılıp, neticede de hakim izni öngörülebilir⁴⁰¹.

Hafizoğulları/Özen'e göre, mağduru olduğu suç sonucu gebe kalan kadının rızası ile, yirmi haftadan önce, hastane ortamında olmaksızın, yetkisiz kişilerce olsa bile gebeliğin sonlandırılması durumunda, kanunilik ilkesi sonucu fiil suç oluşturamaz. Çünkü, beşinci fıkroda rıza bulunduğu takdirde on haftadan fazla olmayan gebelik durumunda yetkisiz kişilerce işlenen fiil suç olarak düzenlenmişken, rıza bulunduğu takdirde yirmi haftadan fazla olmayan gebelik durumunda yetkisiz kişilerce fiilin işlenmesi hali kanun koyucu tarafından suç olarak düzenlenmemiştir. Ayrıca TCK m. 99/6'da gebe kadın için hakkın kullanımına, hastane ortamında uzman hekimler tarafından fiilin gerçekleştirilmesi şartıyla izin verilmiştir. Hastane ortamında olmaksızın veya yetkisiz kişilerce fiilin gerçekleştirilmesine rıza gösteren kadın hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin şartlarını ihlal ettiğinden, bu nedenden faydalanamaz. Fakat bu sebeple sorumluluğu da doğmaz. Bu durumda 99. maddenin diğer fıkralarında düzenlenen suçlar da oluşmamaktadır. Zira beşinci fıkroda gebelik süresinin on haftayı doldurmamış olması aranmaktadır. İkinci fıkroda rıza olsa bile on haftadan fazla olan gebelik durumu düzenlenmektedir. Ayrıca ikinci fıkradaki suç çok faillidir. Birinci fıkroda ise, kanun koyucu ikinci ve beşinci fıkralarda kullanılan "*rızaya dayalı olsa bile*" ifadesi yerine "*rıza olmaksızın*" ifadesine yer vermiştir. Yani geçerli olmasa bile rıza var ise birinci fıkroda düzenlenen suç oluşmaz, hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayan gebeliği sonlandıran faile birinci fıkra hükmü de uygulanamaz⁴⁰².

Ertuğrul'a göre suç sonucu gebeliğin tespiti için, soruşturma başlatılmış olmalı ve soruşturma veya kovuşturma makamınca karar alınmalıdır. Ancak bu

⁴⁰¹ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 188.

⁴⁰² HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, a.g.e., s.145-146.

takdirde müdahale hukuka uygun kabul edilmelidir. Bu şartlar altında gebelik sonlandırıldıktan sonra ortada bir suç olmadığı tespit olursa dahi hekimin cezai sorumluluğu yoktur. Fakat suç sonucu gebe kaldığını iddia eden kadın TCK m. 99/2'den cezalandırılmalıdır. Kadının eşi tarafından işlenen cinsel saldırı suçu sonucu kadının hamile kalması durumunda, TCK m. 102/2'de düzenlenen eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçu şikayete tabi olduğundan, TCK m. 99/6 kapsamında gebeliğin sonlandırılması için öncelikle kadının mağduru olduğu cinsel saldırı suçundan şikayeti aranmalıdır. Bu durumda NPHK m. 6/2⁴⁰³ kapsamında gebe kadının eşinin rızası aranmamalı, kanunda bu hususta düzenleme yapılmalıdır. Yine kanunen gebeliği sonlandırmada kadına tanınan on haftalık süre içerisinde, bu hakkın kadın tarafından bir suçun mağduru olması nedeniyle kullanılamaması durumunda, kadın suç sonucu gebe kalmış olmasa bile, gebeliği sonlandırabilmelidir. Bu yönde altıncı fıkra hükmünde düzenleme yapılmalıdır⁴⁰⁴.

Keskin Kızıroğlu'na göre TCK m. 99/6 hükmü özel bir hukuka uygunluk nedenidir. Bu durumda on haftadan fazla olan gebelik, tıbbi zorunluluk bulunmasa bile, gebeliğin yirminci haftasına kadar, gebe kadının rızası bulunduğu takdirde sonlandırılabilir. Kesin mahkeme kararını beklemek madde hükmünü uygulanamaz hale getirir⁴⁰⁵.

Kanaatimizce TCK m. 99/6 hükmü şahsi cezasızlık nedeni değildir. Zira şahsi cezasızlık nedeni suçun işlenmesi esnasında failde bulunan bir takım nitelik, özellik ya da mağdur ile arasındaki ilişki dolayısıyla failin cezalandırılmasını engelleyen nedendir. Şahsi cezasızlık nedenleri kişiye bağlı olduğundan TCK m. 40/1'e göre sadece ilgili kişi bundan yararlanabilir, diğer suç ortakları yararlanamaz. CMK m. 171 gereğince Cumhuriyet savcısı şüpheli açısından şahsi cezasızlık nedeninin varlığını tespit ederse kamu davası açıp açmamada serbesttir. Kamu davası açmadığı

⁴⁰³ NPHK'nın 6/2. maddesi; "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." şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2827.pdf>, erişim tarihi 17/03/2018.

⁴⁰⁴ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 130-132.

⁴⁰⁵ KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 182-183.

takdirde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar vermeli, kamu davası açtığı takdirde kovuşturma aşamasında bu durum farkedilirse CMK m. 223/4'e göre ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Şahsi cezasızlık nedeni suçun oluşmasına engel olmaz. Suç sonucu gebe olma durumu, çocuk düşürtme suçunu gerçekleştiren failde bulunan bir nitelik olmadığı gibi, çocuk düşürtme suçunun faili ile mağdur olan gebe kadın arasındaki bir ilişkiyi de yansıtmamaktadır. Cinsel istismar, cinsel saldırı ya da reşit olmayanla cinsel ilişki gibi suçlar sonucu kadını gebe bırakan ile gebeliği sonlandıran fail farklı kişiler olabilir. Burada birbirinden bağımsız iki farklı suç vardır. Suç sonucu gebe olma mağdurda bulunan bir niteliktir. TCK m. 99/6 hükmü özel bir zorunluluk hali de değildir. Zorunluluk halinde ağır ve muhakkak bir tehlike varlığı ve bu tehlikeden kişiyi kurtarmak söz konusudur. Suç sonucu gebe kalma hali bu kapsamda değerlendirilemez. Zira cinsel istismar, cinsel saldırı ya da reşit olmayanla cinsel ilişki gibi suçlar sonucu gebe kalma durumunda bu suçlar çoktan işlenmiştir. Bu şekilde gerçekleşen gebelik ağır ve muhakkak bir tehlike hali olarak nitelendirilemez. TCK m. 99/6 hükmü hakkın kullanılması kapsamındadır. Kanun koyucu suç sonucu gebe kalma durumunda kadının gebeliği sonlandırma hakkını on haftadan yirmi haftaya çıkarmıştır. Hakkını kullanan kişinin fiili suç oluşturmaz, TCK m. 26/1'e göre hakkını kullanana ceza verilmez. Hekimin tedavi amaçlı kişi üzerinde gerçekleştireceği tıbbi müdahale hakkın kullanımı niteliğindedir. Hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesi için tıbben müdahaleye yetkili kişilerden olmalı ve müdahalede bulunulacak kişiden usulüne uygun şekilde rıza alınmalıdır. Ayrıca kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkının bulunması gereklidir. Burada kadının mutlak surette tasarruf edebileceği vücut dokunulmazlığı hakkı söz konusudur. TCK m. 99/6 kapsamında kanun koyucu kadının rızasının varlığı aramıştır. Buradaki rıza hukuken geçerli rıza olmalıdır. Aksi takdirde madde hükmünden yararlanmak mümkün olmayacak, suç oluşacaktır. Bu durumda hukuken geçerli olmayacak şekilde verilen rızanın hukuken geçerli olduğunu zannederek kaçınılmaz hataya düşmek suretiyle müdahalede bulunan kişi, TCK m. 30/3 hükmünce hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının gerçekleştiği hususunda hataya düşmüş kabul edilir ve bu hatasından yararlanır, kasten hareket etmiş kabul edilmez. Failin hatası kaçınılabilir nitelikte ise taksirli

sorumluluğu devam eder fakat çocuk düşürtme suçunun taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden taksirli halden de sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

Kadının mağduru olduğu suç sonucu gebe kaldığının saptanması için kovuşturma aşamasının tamamlanması, mahkemece verilen hükmün kesinleşmesi gereklidir. Zira ortada suç olduğunun sabit olması kovuşturma gerektirmektedir. Bu durumda TCK m. 99/6 hükmünden yararlanmak olanaksız hale gelecektir. Fıkra hükmünün “*suç şüphesi sonucu gebe kalma*” şeklinde düzenlenmesi yerinde olacaktır. Basit ya da makul suç şüphesi var ise Cumhuriyet savcısınca soruşturma başlatılacaktır. İddianame düzenlenmesi için ise yeterli suç şüphesi gereklidir. Soruşturmanın tamamlanması ve iddianame düzenlenmesi için yeterli şüpheye ulaşmak bir süreç gerektirdiğinden, “*yeterli suç şüphesi sonucu gebe kalma*” şeklinde bir düzenleme yerinde olmayacak, bu durumda da madde hükmünden yararlanmak olanaksız hale gelebilecektir. Kanunda açıkça suç şüphesi sonucu gebe kalındığını takdir edecek makam belirtilmemiştir. Uygulamada savcılıktan görüş sorulmaktadır. Bu durumun takdirini hekime bırakmak doğru olmayacaktır. Hekimin kanaati yalnızca kadın üzerinde yapacağı muayene ile oluşacak, savcı ise soruşturma dosyası kapsamında birçok delili değerlendirerek bir kanaate varacaktır. Savcılık tarafından soruşturma başlatılması suç şüphesinin bulunduğu gösterecektir. Hekim tarafından soruşturma olup olmadığının savcılıktan sorulduktan sonra müdahalede bulunulması durumunda TCK m. 99/6 hükmü gereğince suç oluşmaz. Cinsel saldırı, cinsel istismar, reşit olmayanla cinsel ilişki gibi suçlarda yalnızca suç sonucu gebe kalan kadının beyanı soruşturma başlatılmasını kolaylıkla sağlayabilir. Bu nedenle kanunda “*suç şüphesi sonucu gebe kalma*” düzenlemesi yanında ayrıca gebeliğin bu şekilde gerçekleşmiş olacağını takdir edecek makamın da belirtilmesinin gerektiği kanaatindeyiz. Böylece salt kadının basit bir beyanı ile soruşturma başlaması sağlanarak TCK m. 99/6 hükmünden yararlanmanın önüne geçilebilecektir. Bu durumun takdiri de ya yalnızca soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısına ya da Cumhuriyet savcısının sulh ceza hakimliğinden talebi sonucu sulh ceza hakimine bırakılmalıdır. Soruşturma dosyasının tamamını inceleyip değerlendirecek olan savcı ya da hakim suç şüphesi sonucu gebe kalınıp kalınmadığını takdir edecektir. Üzerinden zaman geçtikten sonra bu tür suçlarda kadın beyanı dışında başkaca delil bulmak dosya kapsamında zor olabilmektedir. Suç mağdurlarının da bir takım

nedenlerle suç gerçekleştikten uzun süre sonra, gebelik ortaya çıktığında şikayetçi olduğu görölmektedir. Bu durumda yalnızca kadının ayrıntılı şekilde verdiği beyanına dayanarak suç şüphesi sonucu gebe kalındığı kanaatine varılması mümkündür. Her somut olaya göre gebeliğin suç şüphesi sonucu gerçekleşme ihtimali olup olmadığı değerlendirilmelidir. Cumhuriyet savcısı tarafından, CMK m. 158/6 hükmü gereğince ihbar ve şikayetin soyut ve genel nitelikte olduğu ya da herhangi bir araştırma yapılması gerekmeksizin açıkça fiilin suç oluşturmadağı kanaatine varılarak soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar verildiği takdirde gebeliğin suç şüphesi sonucu gerçekleştiğini söylemek mümkün olmayacaktır. Soruşturmanın gebeliğin yirminci haftasından önce sonuçlandırılıp iddianame düzenlenmesini sağlayacak nitelikte bir kanuni düzenleme soruşturmanın eksik yapılmasına neden olabileceğinden yerinde bir düzenleme olmayacaktır. Sonuç olarak suç şüphesi sonucu gebe kalındığı ya yalnızca Cumhuriyet savcısına ya da Cumhuriyet savcısı talebi ile sulh ceza hakimine bırakılmalıdır. Süreci hızlandırmak adına da savcılığın talebinden itibaren 24 saat gibi kısa bir sürede sulh ceza hakiminin kararını açıklaması ve kabul kararına karşı itiraz yolunun kapalı olması gibi çözümler öngörülebilir. Soruşturma sonucu CMK m. 172 gereğince yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilse dahi müdahalede bulunan hekimin cezai sorumluluğu olmayacaktır. Kanunun mevcut düzenlemesinde soruşturmanın ya da kovuşturmanın başlamış olup olmadığı açıkça aranmadığından, hekimin suç şüphesi sonucu gebeliğin oluştuduğu kanaatiyle kadının rızası doğrultusunda hastane ortamında gebeliği sonlandırmasına rağmen, ortada suç sonucu oluşmuş bir gebeliğin olmadığına daha sonra sabit olması durumunda müdahaleyi gerçekleştiren hekimin TCK m. 30/3, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartında hata, hükmünden yararlanma olanağı vardır. Asılsız olarak altıncı fıkraya hükmünden yararlanmak için adli makamlara başvurup gebeliğin sonlanmasına neden olduğu anlaşılan gebe kadın TCK m. 99/2’de düzenlenen suçtan cezalandırılır. Suç şüphesi sonucu gebe kalıp kalmadağı hususunda kaçınılmaz hataya düşen kadının ise cezai sorumluluğu olmayacaktır. Şikayete tabi olan eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçu durumunda, TCK m. 99/6 hükmünün uygulanması için kadının rızası yeterli olacaktır. Eşin rızası hukuka uygunluk nedeni şartları arasında

aranmadığından, NPHK m. 6/2’de eşin rızası gerektiği belirtilmişse de TCK m. 99/6 kapsamında bunun bir önemi bulunmamaktadır. NPHK m. 6/2’ye göre 5. maddenin birinci fıkrası uyarınca on haftadan fazla olmayan gebelik durumunda rıza dahilinde gebeliği sonlandırmak için kadın evli ise eşin de rızası gerektiği ifade edilmiştir. Eşe karşı cinsel saldırı suçu (TCK m. 102/2) mağduru olan kadın NPHK m. 6/2’ye göre gebeliğin onuncu haftasına kadar rızası dahilinde gebeliği sonlandırmak istediğinde eşinin de rızasına ihtiyaç duyacaktır. Gebelik süresi on haftayı aştıktan sonra eşin rızası NPHK hükmünce aranmamaktadır. Çünkü on haftadan fazla gebeliklerin sonlandırılması tıbbi zorunluluk hali bulunmasını gerektirmektedir. Her ne kadar gebeliğin onuncu haftasına kadar TCK m. 102/2 mağduru olan gebe kadına eşinin rızası alınmaksızın yapılan müdahale TCK m. 99/6 hükmünün uygulanmasına engel değilse bile, bu konuda NPHK’nın 6/2. maddesinin devamına “*TCK m. 102/2’de düzenlenen eşe karşı cinsel saldırı şüphesi sonucu gebe kalan kadının TCK m. 99/6 hükmü gereğince gebeliğini sonlandırmak istemesi halinde gebe kadının eşinin rızası aranmaz.*” şeklinde bir hüküm eklenmesi mevzuat birliğini sağlayacağından yerinde olacaktır. Kadın eşi tarafından cinsel saldırıya uğradığı yönünde şikayetçi olup, TCK m. 99/6 hükmü gereğince gebeliğini sonlandırdıktan sonra şikayetten vazgeçerse de kadın TCK m. 99/2’den sorumlu olmaz. Şikayet bir haktır, kadın bu hakkından her zaman vazgeçebilir. Şikayetten vazgeçmesi durumunda, sırf bu nedenle TCK m. 99/2’den sorumlu tutulmaz. Fakat asılsız olarak altıncı fıkra hükmünden yararlanmak için eşine karşı adli makamlara başvurup gebeliğin sonlanmasına neden olduğu anlaşılan gebe kadın TCK m. 99/2’de düzenlenen suçtan cezalandırılır. Bu durumda şartları mevcutsa TCK m. 267, iftira suçundan da kadının sorumluluğu doğabilir. Kadının suç sonucu gebe kalması sağlandıktan sonra, Bosna Savaşı döneminde Müslüman kadınların Sırplar tarafından gebe bırakılıp hapis tutulması gibi kanunen gebeliği sonlandırma hakkı olan sürenin geçmesini sağlamak amacıyla hürriyetinden yoksun kılınması ya da başka suretle hakkını kullanmaktan mahrum bırakılması durumunda, engel kalktıktan sonra makul bir süre içinde kadına hakkını kullanabilme, gebelik süresi yirmi haftayı geçmiş olsa da gebeliği sonlandırabilme imkanı tanınmalıdır. Bunun için TCK m. 26 hükmüne “*hakkını kullanması engellenen kişi, hakkın kullanılması için kanunda bir süre öngörülmüşse, engel ortadan kalktıktan itibaren iki hafta içinde hakkını kullandığı takdirde*

cezalandırılmaz.” şeklinde ek bir düzenleme getirilebilir. Fakat bir şekilde doğum gerçekleşikten sonra, suç sonucu gebe kalınmış olsa dahi, artık kişi sıfatına sahip canlı bir varlık meydana geldiğinden yapabilecek birşey yoktur.

TCK m. 99/6 hükmünden yararlanmak için müdahalenin uzman hekimlerce hastane ortamında yapılması gerekmektedir. RTSHYDİT m. 3’e göre on haftayı geçmeyen gebeliklerde yetkili hekim kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ile sağlık bakanlığınca açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekim, RTSHYDİT m. 5’e göre on haftayı geçen gebeliklerde yetkili hekim kadın hastalıkları ve doğum uzmanıdır. On haftadan az gebelik durumunda, gebelik suç şüphesi sonucu gerçekleşmiş olsun ya da olmasın, kadının rızası dahilinde gebeliğe son vermek mümkündür. On haftadan fazla yirmi haftadan fazla olmayan gebelik durumunda ise RTSHYDİT m. 5’e göre gebeliği sonlandırmaya yetkili hekim zaten kadın hastalıkları ve doğum uzmanıdır. Bu sebeple TCK m. 99’un diğer fıkralarında “*yetkisiz kişi*” terimi kullanılmasına rağmen altıncı fıkrada uzman hekim terimini kullanmak terim karmaşasına yol açmaktadır. Ayrıca RTSHYDİT m. 5 hükmünde yetkili hekimin kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olduğu yer almışken TCK m. 99/6’da “*uzman hekim*” terimini kullanmak yersizdir. Sonuçta her ikisi aynı anlama gelmekte ise de “*uzman hekim*” yerine “*yetkili kişi*” ifadesinin kullanılması yerinde ve yeterli olacaktır. Altıncı fıkrada yer alan “*uzman hekim*” kavramı gebeliği sonlandırmaya yetkili hekim kavramının karşılığı olarak kullanılmıştır. Gebeliğe uzman hekim tarafından son verme hukuka uygunluk nedeninin unsuru olduğundan yetkisiz kişi tarafından gebeliğin sonlandırılması durumunda altıncı fıkra hükmü uygulama alanı bulmayacak, yetkisiz kişinin cezai sorumluluğu doğacaktır.

RTSHYDİT m. 6’da on haftadan fazla gebeliklerin sonlandırılması için gerekli hastane ortamı belirtilmiştir. Ayrıca buna madde metninde de yer verilmesi, bu durumun hukuka uygunluk nedeninin unsurları arasında yer almasına neden olmaktadır. Hafizoğulları/Özen’e katılmamaktayız. On haftadan fazla olup yirmi haftadan fazla olmayan gebeliğin, kadının rızası dahilinde sona erdirilmesi TCK m. 99/5’in ikinci cümlesi hükmünce şartları mevcutsa ikinci fıkrada düzenlenen suçun oluşmasına neden olabilir. On haftadan az gebelik durumunda ise zaten TCK m.

99/5'in birinci cümlesinde düzenlenen suç oluşacaktır. On haftadan fazla gebelik durumunda, hastane ortamı dışında veya yetkisiz kişilerce müdahale gerçekleştirildiğinde, hukuka uygunluk nedeninin şartları ihlal edildiğinden altıncı fıkra hükmünden yararlanmak mümkün olmaz.

4.3.3 Tıbbi Zorunluluk Halleri

TCK m. 99/2 hükmüne göre tıbbi zorunluluk bulunmamasına rağmen, rıza olsa bile, on haftadan fazla gebeliğin sonlandırılması durumunda çocuk düşürtme suçu oluşur. Bu durumda on haftadan fazla gebe olan gebeliğinin sonlandırılmasına rıza gösteren kadın da çocuk düşürtme suçundan cezalandırılır. Tıbbi zorunluluk varsa, gebeliğin kaçınıcı haftasında olunduğunun bir önemi olmaksızın, gebeliğin sonlandırılması hukuka uygun kabul edilir ve suç oluşmaz⁴⁰⁶. NPHK'nın 5. maddesinde⁴⁰⁷ tıbbi zorunluluk halleri düzenlenmiştir. Bunlar; çocuk ile onu takip eden nesiller bakımından ağır maluliyet hali ve gebe kadın bakımından hayati tehlike oluşturan acil hallerdir. Ağır maluliyet, telafisi ve tedavisi mümkün olmayan halleri ifade etmektedir. Bu haller RTSHYDİT ek 2 sayılı listede sınırlayıcı olmayacak şekilde sayılmıştır⁴⁰⁸. NPHK'da yalnızca fiziksel durumlardan bahsedimekte iken RTSHYDİT'de ruh hastalıklarına bağlı nedenlere de yer verilmiştir⁴⁰⁹. RTSHYDİT

⁴⁰⁶ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 314.

⁴⁰⁷ NPHK'nın 5. maddesinin 2., 3. ve 4. fıkraları; "(2) 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. (3) 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. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur. (4) Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak tüzükte belirtilir." şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2827.pdf>, erişim tarihi 17/03/2018.

⁴⁰⁸ DÖNMEZ, a.g.e., s. 119-120.

⁴⁰⁹ CAN, a.g.e., s.90; DÖNMEZ, a.g.e., s. 123.

ek 2 sayılı listede; doğum ve kadın hastalıklarına, ortopedik hastalıklara, kan hastalıklarına, kalp ve dolaşım sistemi hastalıklarına, böbrek hastalıklarına, endokrin ve metabolik hastalıklarına, sindirim sistemine, gebeliğin devamını engelleyen sindirim organları hastalıklarına, immünolojik hastalıklara, bütün malign neoplastik hastalıklarına, nörolojik hastalıklara, ruh hastalıklarına, enfeksiyon hastalıklarına, konjenital hastalıklara bağlı nedenler yer almaktadır.

NPHK m. 5/2’de sayılan tıbbi zorunluluk halleri, TCK m. 99’da belirtilen tıbbi zorunluluk hali açısından bağlayıcı değildir⁴¹⁰. NPHK m. 5’de kusurluluğu kaldıran haller düzenlenmemiş olsa bile genel hükümler çerçevesinde kadının hayatı tehlikede ise müdahalede bulunmak mümkündür⁴¹¹. Zorunluluk halini düzenleyen TCK m. 25/2 hükmü gereği, tıbbi zorunluluk durumunda, başka deyişle gebe kadının hayatı veya vücut bütünlüğü tehlike altında ise, gebeliğe son vermek mümkündür⁴¹².

NPHK’nın 5/3. maddesi gereği derhal müdahale edilmediği takdirde gebe kadının hayatı veya hayati organları açısından tehlike oluşturan bir durum ortaya çıkmışsa, bunu tespit eden hekim gebeliği sonlandırabilir. Bu haller yine RTSHYDİT ek 2 sayılı listede örnekseyici olarak sayılmıştır⁴¹³. Her somut olay için tıbbi zorunluluk olup olmadığı tıp bilimi verilerine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁴¹⁴.

Keskin Kızıroğlu’na göre tıbbi zorunluluk varsa hem hukuka aykırılık söz konusu değildir hem de suç tipine uygun bir fiil oluşmaz. TCK m. 99/2’de yer alan “*tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde*” ifadesi suçun maddi unsurudur, kurucu unsurları arasında yer alır. Suç tipinde yer aldığı için hukuka aykırılık unsuru içinde değerlendirilmemeli, tipikliğin parçası olarak TCK m. 30/1 kapsamında maddi unsur olarak ele alınmalıdır. Dolayısıyla bu unsorda hata, maddi unsorda hata, durumunda failin fiili kasten işlemediği kabul edilebilmelidir. Tıbbi zorunluluk hali yalnızca

⁴¹⁰ KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 180-181.

⁴¹¹ HAKERİ, a.g.e., s. 866.

⁴¹² CAN, a.g.e., s. 90.

⁴¹³ DÖNMEZ, a.g.e., s. 120-123; OKTAR, a.g.e., s. 208.

⁴¹⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., s. 130.

gebe kadına ait durumlardan ibaret değildir, cenine ait durumlarda bu kapsamda değerlendirilir. NPHK m. 5/2’de belirtilen gebeliğin doğacak çocuk ve onu takip eden nesiller için ağır maluliyete neden olması hali, sadece ceninin rahimde yaşamsal fonksiyonlarını devam ettirme ihtimalinin bulunmaması durumunda tıbbi zorunluluk olarak kabul edilebilir ve gebe kadının rızası aranmaksızın gebelik sonlandırılabilir. Ceninin özürlü doğacak olması, gebe kadın için tehlike arzetmiyorsa, tıbbi zorunluluk bulunduğu bahsedilemez. Gebe kadın özürlü cenini doğurmak istiyorsa rızasına aykırı olarak bu durum tıbbi zorunluluk kabul edilip gebelik sonlandırılmaz. Özürlü olduğu anlaşılan cenin, gebeliğin onuncu haftasına kadar, gebe kadının rızası dahilinde rahimden tahliye edilebilir. Zira kanunen on haftaya kadar gebeliğin sonlandırılması mümkün kılınmıştır. Ceninin özürlü olduğu on haftadan sonra anlaşılmış ise, bu durum tıbbi zorunluluk olarak değerlendirilemeyeceğinden mevcut mevzuata göre gebeliğin sonlandırılması mümkün değildir. Bu durumda belli zamana kadar, rıza dahilinde gebeliğin sonlandırılmasına olanak tanıyacak bir düzenleme yapılabilir⁴¹⁵.

Güney Tunalı’ya göre cenin ve izleyen nesillerde ortaya çıkacak maluliyet hali, TCK m. 25/2 hükmü gereği zorunluluk hali olarak değerlendirilemez. Bu durum, NPHK ve RTSHYDİT’de yer alan düzenlemeler doğrultusunda, hukuka uygunluk nedenlerinden kanun hükmünü icra olarak nitelendirilebilir. RTSHYDİT ek 2 sayılı listede yer alan haller yürürlüğe girdiği 1983 yılından kalmaz. Günümüz tıbbi gelişmeleri göz önüne alındığında, kadına ait nedenlerin gereğinden fazla, cenine ait nedenlerin ise çok az olduğu, listedeki sayımın sınırlı olduğunun kabul edilemeyeceği, listede yer almayan hallerin gerekçelendirmek şartıyla bu kapsamda değerlendirilebilmesi mümkündür. Listenin günümüz şartları dikkate alınarak güncellenmesi gereklidir⁴¹⁶.

Kitapçıoğlu’na göre, çocuk düşürtme suçunda hukuka uygunluk nedeni olarak yalnızca tıbbi zorunluluk hali düzenlenmiştir. NPHK m.5’de tıbbi zorunluluk halleri

⁴¹⁵ KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 180-181.

⁴¹⁶ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 162-165.

somut olarak gösterilmiştir. NPHK’da suç düzenlenmediğinden hukuka uygunluk nedenleri de düzenlenemez⁴¹⁷.

Ertuğrul’a göre NPHK m. 5/1, 2, 3 ve m. 6/2 hükümleri gereğince kanun hükmünü yerine getiren hekimin gerçekleştireceği fiiller hukuka uygun kabul edilecektir. Yine NPHK m. 5/1 gereği ya da suç sonucu gebelik söz konusu ise TCK m. 99/6 gereği kanunen tanınan on ve yirmi haftalık süreler içinde yetkili hekimin gebeliği sonlandırması, hakkın kullanılması niteliğindedir, hukuka uygundur⁴¹⁸.

Kanaatimizce TCK m. 99’un 2. fıkrasında belirtilen tıbbi zorunluluk hali, tipiklik unsurudur, hukuka uygunluk nedeni değildir. İkinci fıkra suçunun oluşması için tıbbi zorunluluk bulunmamasına rağmen gebeliği sonlandırmaya yönelik fiil gerçekleştirilmelidir. Aksi takdirde suç oluşmaz. Tıbbi zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olarak kabulü için madde metninde düzenlenmesine ihtiyaç yoktur. Genel hükümler kapsamında, TCK m. 25/2 hükmü uygulanma alanı bulacaktır. Kanun koyucu bunun yerine madde metninde “*tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde*” ibaresine yer vermeyi tercih etmiş, bu durumu suçun maddi unsuru olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla ikinci fıkra yönünden tıbbi zorunluluk bulunup bulunmadığı hususunda hataya düşme durumunda TCK m. 30/1 kapsamında suçun maddi unsurlarında hata söz konusu olur, TCK m. 30/3 kapsamında hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hatadan bahsedilemez. NPHK m. 5/2 hükmüne göre gebelik gebe kadının hayatı açısından tehlike arz ediyorsa veya ileride tehlike oluşturacak nitelikte ise, cenin ve onu takip edecek nesiller açısından ağır sakatlık hali söz konusu olacak ise tıbbi zorunluluk vardır. Derhal müdahale edilmediği takdirde kadının hayatı ya da hayati organlarından biri açısından tehlike söz konusu ise acil durumun varlığından bahsedilir. NPHK m. 5/4 acil müdahale hallerini düzenlememiş, bu durumun tüzükle düzenleneceğini belirtmekle yetinmiştir. Bu amaçla çıkartılan RTSHYDİT’de sadece bu haller sayılmakla kalınmamış, on haftadan fazla ve on haftadan az gebeliklerde gebeliğin sonlandırılmasına yönelik müdahalenin gerçekleştirileceği yerlerde bulunması gerekli koşullar da ayrı ayrı

⁴¹⁷ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 316-317.

⁴¹⁸ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 100-116.

belirtilmiştir. RTSHYDİT m. 5/2'ye göre on haftadan fazla gebeliklerde gebeliğin sonlandırılması için ek 2 sayılı listede sayılan hastalıklardan birinin bulunması gereklidir. NPHK'da belirtilen zorunluluk hallerini aşar nitelikte hastalıklara RTSHYDİT'de yer verilse dahi bu durumlar zorunluluk hali olarak kabul edilemez. Öğretide NPHK'da yalnızca fiziksel durumlardan bahsedilmesine rağmen RTSHYDİT'de ruh hastalıklarına bağlı nedenlerin de yer aldığı eleştirilmiştir. Normlar hiyerarşisi gereğince RTSHYDİT'de sayılan hastalıklardan NPHK'da belirtilen zorunluluk hali kapsamında sayılması mümkün olmayanlar bu kapsamda değerlendirilemez. Hangi hastalıkların bu kapsamda sayılacağı, hangilerinin sayılmayacağı tıp biliminin sorunudur. RTSHYDİT'de ek 2 sayılı listede sayılan hastalıklar tıbbi zorunluluk halleri olarak sınırlı kabul edilemez. RTSHYDİT'de yer alan ruh hastalıklarına bağlı nedenler gebe kadının hayatı açısından tehlike arz ediyorsa veya ileride tehlike oluşturacak nitelikte ise, bu hastalıklar sebebiyle cenin ve onu takip edecek nesiller açısından ağır sakatlık hali söz konusu olacak ise zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebilir.

Tıbbi zorunluluk durumunda rıza varlığının gerekip gerekmediği hususunda öğretide, alınmasının gerektiği ve alınmasının gerekmediği şeklinde iki farklı görüş mevcuttur. Tıbbi zorunluluk durumunda rıza varlığının gerekmediğini savunan görüşe göre, TCK m. 99/2'de yer verilen "*rızaya dayalı olsa bile*" ifadesi ile NPHK m. 6/3 hükmü gereği rıza alınması gerekli değildir. Rıza varlığının gerektiğini savunan görüşe göre ise, rıza almak mümkün ise rıza alınmalı, rıza almak mümkün değilse rıza alınmasına gerek yoktur. Rıza almak mümkün olduğu halde rıza almaksızın müdahale edildiği takdirde hukuka uygunluk nedeni gerçekleşmeyecek, fiil suç oluşturacaktır. Fakat bu durumda TCK m. 99/2'deki suç değil, m. 99/1'deki suç oluşacaktır. Dönmez'e göre kanunun lafzının yorumu ve TCK m. 99 gerekçesi gereği, rıza varlığının gerekmediği yönündeki görüş yerindedir⁴¹⁹.

⁴¹⁹ DÖNMEZ, a.g.e., s. 124.

Meran'a göre kanun hükmünde yer alan “*rızaya dayalı olsa bile*” ifadesi, rızanın olup olmamasının suçun oluşumunda etkisi olmayacağını ifade etmektedir⁴²⁰.

Kitapçioğlu'na göre, hukuk kişiyi kendisine rağmen korur, gebe kadının rızası aranmaksızın tıbbi zorunluluk bulunduğu takdirde gebeliğin sonlandırılması hukuka uygundur⁴²¹.

Keskin Kızıroğlu'na göre, TCK m. 99/2 ifadesinin zıt anlamından tıbbi zorunluluk bulunduğu takdirde rıza bulunmasa bile gebeliğin sonlandırılabilceği anlamı çıkmaktadır. Gebeliğin onuncu haftasına kadar rıza varsa, onuncu haftasından sonra ise tıbbi zorunluluk bulunduğu takdirde kadının rızası olmasa da gebelik sonlandırılabilir⁴²².

Tezcan/Erdem/Önok'a göre, TCK m. 99/2 lafzından hareketle rıza olmasa bile gebeliği sonlandırmak bu durumda hukuka uygundur. Aynı şekilde NPHK m. 6/son hükmünde de izin almanın zaman gerektirdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde iznin gerekmediği belirtilmiştir⁴²³.

Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre her somut olaya göre ayrı değerlendirme yapmak gerekir. Kadının mutlak surette tasarruf edebileceği hakkı söz konusu olduğu için, bilinci açık ise rızası alınmalıdır. Aksi halde yapılacak müdahale hukuka uygun sayılamaz. Bilinci açık olmayan kadının ise hayatı veya vücut bütünlüğü tehlikedeysse, hekim TCK m. 26 kapsamında mesleğinden kaynaklanan hakkını kullanarak müdahalede bulunabilir. Hatta bu durumunda hekimin kadını iyileştirme amacıyla hareket etmesi yeterli olup, kadının müdahale sonucu iyileşmesi gerek değildir⁴²⁴.

⁴²⁰ MERAN, a.g.e., s. 297.

⁴²¹ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 316.

⁴²² KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 180.

⁴²³ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, a.g.e., s. 311-312.

⁴²⁴ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, a.g.e., s. 299-300.

Hakeri'ye göre ergin olmasa bile ayırt etme gücüne sahip gebe kadının doğum yapmak istemesine rağmen, velisinin gebeliğin zorla sonlandırılmasına ilişkin verdiği izin geçerli değildir. Doğurma hakkı gebe kadının kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarından biridir. Aynı şekilde gebe kadın evli ise, eşin rızasının varlığı bu durumda aranmaz. TCK m. 99/2'de düzenlenen suçun oluşması için rıza bulunmalıdır. Rıza yokluğu durumunda TCK m. 99/1'de düzenlenen suç oluşur. NPHK m. 6/son hükmü varsayılan rızaya ilişkindir. Varsayılan rıza, iradesini açıklayabilecek durumda olmayan hastanın rızasının olduğu kabulü ile tıbbi müdahaleyi mümkün kılmaktadır. Bu şekilde gebe kadına tıbbi müdahalede bulunmak için kadın, veli veya hakim tarafından izin alma imkanı olmamalıdır. Aksi halde rıza olmadan tıbbi müdahalede bulunmak suçtur. İkinci fıkrada düzenlenen suçta kadının rızası bulunmalıdır. Rıza olmadığı takdirde birinci fıkra suçu oluşacaktır⁴²⁵.

Güney Tunalı'ya göre RTSHYDİT'de sayılan hallerin varlığı tek başına hukuka uygun müdahale için yeterli değildir. Somut olaya göre gebeliğin sonlandırılmasının tıbben zorunlu olup olmadığı araştırılmalı, tıbbi zorunluluk halinde dahi kadının rızasını almak gerekmektedir. Kadının hayati tehlikesinin söz konusu olduğu haller, TCK m. 25/2'de düzenlenen zorunluluk hali kapsamında olmamakta, hukuka uygun müdahale için kadının rızasının varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Yalnızca kadının bilincinin kapalı olması gibi rızasını veremeyeceği hallerde, hayati tehlikesi söz konusu ise müdahale hukuka uygun olacaktır. Zorunluluk söz konusu olduğunda cenin ile kadının sağlığını karşılaştırmak gerekirse, kişi sıfatını kazanmış kadının kişi olma potansiyeline sahip ceninden daha fazla korunması gereklidir. Kadının hayatı tehlikede ise, hayatını kaybettiği takdirde ceninin yaşama ihtimali yok denecek kadar azdır. On haftadan az gebeliklerde, kadının rızası doğrultusunda tıbbi zorunluluk nedeniyle müdahale gerçekleştirildiğinde, kadın yeterince aydınlatılmamışsa vereceği rıza geçersiz olup, suç nedeniyle sorumluluk meydana gelecektir. Hayati tehlike oluşturan acil hallerde, kadının rıza verebilecek durumda değilse, ergin ve ayırt etme gücüne sahip kadının yakınları aracılığıyla varsayılan rızası tespit edilmeli, küçük yada kısıtlı ise kanuni

⁴²⁵ HAKERİ, a.g.e., s. 866-867.

temsilcilerinin rızası aranmalıdır. Kadının yakınlarının, gebe kadının varsayılan rızasına aykırı şekilde davranmaları durumunda veya kanuni temsilcilerin rıza vermemesi durumunda hakimden izin alınmalıdır. Fakat hakimden izin almaya yetecek süre yoksa hekimlik yükümlülüğü nedeniyle müdahale edilmesi mümkündür. Kadın müdahaleye rıza vermediği takdirde, tıbbi zorunluluk olsa dahi kadının vücut dokunulmazlığı söz konusu olduğundan müdahalede bulunulmamalıdır⁴²⁶.

Ertuğrul'a göre, tıbbi zorunluluk halinde dahi müdahalede bulunmak için kadının rızası var olmak zorundadır. Kadının tıbbi zorunluluğa rağmen müdahaleye katlanma yükümlülüğü yoktur. Yalnızca 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha kanununda düzenlenen kamu sağlığının gerektirdiği hallerde kadın müdahaleye katlanmakla yükümlüdür, aksi takdirde kadın anılan kanunun 287. maddesinin atfıyla Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesinden emre aykırı davranış sebebiyle idari para cezası ile cezalandırılır⁴²⁷.

Oktar'a göre, tıbbi zorunluluk bulunduğu takdirde acil müdahale ve gebe kadının bilincinin yerinde olmaması hallerinde kadının rızası aranmaz. Bunun dışındaki hallerde ise kural olarak fiilin hukuka uygun kabul edilmesi için gebe kadının rızası gereklidir⁴²⁸.

Kanaatimizce tıbbi zorunluluk halinde kadının rızası alınmak zorundadır. TCK m. 99/2'de gerekli rıza suçun tipiklik unsurudur. İkinci fıkraya metninde yer alan "*rızaya dayalı olsa bile*" ifadesi hukuken geçerli rızanın bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Hukuken geçerli şekilde verilmiş rızanın varlığı halinde, tıbbi zorunluluk yoksa, gebelik süresi on haftadan fazla kadının gebeliğini sonlandırmak suç olacaktır. Tıbbi zorunluluk olduğu takdirde hukuken geçerli rızanın varlığı durumunda suç oluşmaz. Kanun koyucu "*rızaya dayalı olsa bile*" ifadesi ile 2. fıkrada, aslında kadının kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak surette tasarruf edebileceği vücut dokunulmazlığı hakkı söz konusu olmasına rağmen, tıbbi zorunluluğun

⁴²⁶ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 147-162.

⁴²⁷ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 110.

⁴²⁸ OKTAR, a.g.e., s. 205.

olmadığı durumda gebeliğin onuncu haftasından sonra rıza varlığının suçun oluşmasına engel olmayacağını vurgulamak istemiştir. İkinci fıkrada düzenlenen suçun oluşması için hukuken geçerli rıza varlığı gereklidir. Zaten rızanın hiç olmaması ya da hukuken geçerli olmayan rızanın bulunması hali, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, birinci fıkrada suç olarak düzenlenmiştir. Kadının vücut dokunulmazlığı mutlak surette tasarruf edebileceği haklardan iken, yaşama hakkı kişinin tasarruf edebileceği bir hak değildir. Tıbbi zorunluluk durumunda kadının rızası var, eşin rızası yoksa, gebeliği sonlandırmak suç değildir. Kadının rızası hilafına, tıbbi zorunluluk halinde dahi, eşin rızası ile gebeliğin sonlandırılması durumunda ise çocuk düşürtme suçu oluşur. Tıbbi zorunluluk bulunmasına rağmen kadının gebeliğin sonlandırılmasına rızası yoksa, zorunluluk hali kadının vücut dokunulmazlığını tehlikeye sokacak nitelikte ise kadının mutlak surette tasarruf edebileceği hakkı söz konusu olduğundan hekim müdahalede bulunmamalıdır, aksi takdirde TCK m. 99 kapsamında sorumluluğu doğar. Zorunluluk hali kadının hayatını tehlikeye sokacak nitelikte ise, yaşama hakkı kadının mutlak surette tasarruf edebileceği haklarından olmadığı için müdahalede bulunan hekimin TCK m. 99 kapsamında sorumluluğu doğmaz.

5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

5.1. Teşebbüs, Gönüllü Vazgeçme

TCK m. 35/1'de⁴²⁹ teşebbüsün tanımı yapılmıştır. Teşebbüs, kanunda tanımlanan suça ilişkin fiilin icrasına elverişli hareketlerle başlayıp hareketlerin tamamlanamaması ya da hareket tamamlansa bile suç tipinde netice belirlenmiş ise bunun gerçekleşmemesidir. Teşebbüsten söz edebilmek için kasten işlenebilen bir suç söz konusu olmalı, gerçekleştirilen fiil icra hareketi niteliğinde olup neticeyi meydana getirmeye elverişli olmalı, elde olmayan nedenlerle hareketin

⁴²⁹ TCK m. 35/1 hükmü; “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.” şeklindedir. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., s. 60.

tamamlanamamış olması ya da neticenin gerçekleşmemiş olması, neticeli suç veya icra hareketleri bölünebilen sırf hareket suçunun bulunması gereklidir⁴³⁰.

Çocuk düşürtme suçuna teşebbüs mümkündür. Gebeliği sonlandırmaya yönelik elverişli hareketlerle suçun icrasına başlanıp elde olmayan nedenlerle neticenin gerçekleşmemesi durumunda teşebbüs söz konusu olacaktır. Hazırlık hareketlerine başlamak, teşebbüsün oluşması için yeterli değildir. Gebeliğin sonlandırılması için hastaneye yatmak veya muayeneye gitmek, gebeliğin sonlandırılmasına elverişli ilaç veya araç satın almak hazırlık hareketlerine örnek olarak gösterilebilir⁴³¹. Benzer şekilde gebe kadının gebeliğin sonlandırılması için biriyle anlaşması ya da buna rıza göstermesi⁴³², gebeliğin sonlandırılması için normal muayene ücretinden yüksek bir ücret alınması da hazırlık hareketlerindedir⁴³³. Hazırlık hareketlerine başlamakla TCK m. 99 kapsamında suç oluşmayacak, fakat NPHK m. 7'de⁴³⁴ düzenlenen gebeliği önleyici nitelikte olmayan ilaç ve araçların imal edilmesi, dağıtılması, yurda sokulması veya bulundurulması ile bunların reklam ve propagandasını yapma suçu oluşacaktır. Bu hazırlık hareketleri TCK m. 99 kapsamında suç olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen NPHK m. 7'de ayrıca suç olarak düzenlenmiştir. Gebe olmayan kadına karşı işlendiği takdirde ise, suçun konusunun cenin olması sebebiyle, kadına karşı gebeliği sonlandırmaya yönelik fiiller işlenemez suç⁴³⁵ kabul edilecek, şartlarına göre insan öldürme veya yaralama

⁴³⁰ ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 597-605.

⁴³¹ DÖNMEZ, a.g.e., s. 126.

⁴³² KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 321.

⁴³³ HAKERİ, a.g.e., s. 873.

⁴³⁴ NPHK'nın 7. maddesi; "Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca bu Kanunun 3 üncü maddesine göre gebeliği önleyici nitelikte oldukları kabul edilmeyen ilaç ve araçları yurt içinde imal edenler veya her ne suretle olursa olsun dağıtanlar veya ticaret maksadıyla yurda sokanlar veya bu maksatla bulunduranlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca bu Kanunun 3 üncü maddesine göre gebeliği önleyici nitelikte oldukları kabul edilen ilaç ve araçların reklam ve propagandası 14/5/1928 tarihli ve 1262 sayılı Kanunun 13 üncü maddesine göre yapılır. Buna aykırı hareket edenler bir yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır." şeklindedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2827.pdf>, erişim tarihi 17/03/2018.

⁴³⁵ İşlenemez suç, suçun maddi konusunun olmaması veya vasitanın elverişsiz olması durumunda meydana gelir. Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bkz. AYDIN, a.g.e., s. 90.

suçları söz konusu olabilecektir⁴³⁶. Gebe olmayan kadına karşı işlenen benzer nitelikte fiiller çocuk düşürtme suçuna sebebiyet veremeyeceğinden bu kapsamda cezalandırılmaz.

Çocuk düşürtme suçu ceninin yaşamsal fonksiyonlarının sonlandırılmasıyla tamamlanır. Failin doğrudan gebeliği sonlandırmaya yönelik fiillere başlaması ile teşebbüs aşamasına girilmekte, kendisi dışında elde olmayan nedenlerle neticeyi meydana getirememesi durumunda suç teşebbüs aşamasında kalmaktadır. Yaşama yeteneğine sahip olmadan rahimden tahliye edilmesi nedeniyle yeni doğan bebeğin ölmesi durumunda suç tamamlanmış sayılır. Müdahale sebebiyle değil de başka nedenle ceninin yaşamsal fonksiyonlarının sonlanması durumunda ise suç teşebbüs aşamasında kalmış sayılır. Güney Tunalı'ya göre, cenin müdahale öncesi yaşamsal fonksiyonlara sahip olup tahliye esnası bunu kaybederse suç tamamlandığından teşebbüsten bahsedilmez. Müdahale öncesi cenin yaşamsal fonksiyonlara sahip değilse gebe kadına karşı yaralama suçundan sorumluluk söz konusu olabilir⁴³⁷. Gebeliğin sonlandırılması için kadının ameliyat masasına yatırıldığı esnada, ameliyata başlamadan önce polislin gelerek ameliyata engel olması durumunda fiil teşebbüs aşamasında kalmış olur. Fail ya da failer teşebbüsten cezalandırılır⁴³⁸.

⁴³⁶ DÖNMEZ, a.g.e., s. 126.

⁴³⁷ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 173-174.

⁴³⁸ Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 2013/10190 Esas – 2015/6322 Karar sayılı ilamı ile onanan İstanbul 42. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2011/161 Esas – 2012/176 Karar sayılı ilamı; "... Mahkememizce yapılan yargılama sonunda, iddia, savunma, sanıklar Abdullah, İlknur ve Salih'in kaçamaklı ikrarları, müşteki beyanı, tutanaklar ve tüm dosya kapsamına göre, müştekinin, sanıklardan İlknur'un kızı, Salih'in de yeğeni olduğu, müşteki Emine'nin, evlilik dışı, gayri meşru ilişki sonucu, hamile kaldığı, bunu öğrenen sanıklar İlknur ve Salih'in, kürtaj yaptırmaları için, müşteki Emine'yi zorlayıp baskı yaptıkları ve olay günü, doktor olan sanık Abdullah'ın muayenehanesine götürdükleri, sanık Abdullah'ın 1500-TL karşılığında kürtaj yapmayı kabul ettiği ve hazırlıklara başladığı, Emine'nin bir ara fırsatını bulup, durumu ilişki yaşadığı kişiye bildirdiği, bu kişinin polise ihbarda bulunduğu, polislerin olay yerine geldikleri, müştekinin, kürtaj masasında bulunduğu sırada, henüz kürtaja başlamadan olaya müdahale ettikleri, böylece sanıklar Abdullah, İlknur ve Salih'in, üzerlerine atılı suçları işledikleri anlaşıldığından, bu sanıkların atılı suçtan ayrı ayrı cezalandırılmalarına, sanıklar Abdullah ve İlknur lehine yasal şartların gerçekleşmesi nedeniyle, bu sanıklar hakkında CMK 231/5 maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, Sanık Vahit B... hakkında her ne kadar, müştekinin narkoz işlemi yapmak için olay yerinde bulunduğu ve atılı suça iştirak ettiği iddiasıyla, kamu davası açılmış ise de, sanığın atılı suçu işlediğine dair, savunmasının aksini gösterir, şüpheden uzak, cezalandırılması için yeterli, kesin ve inandırıcı deliller elde edilemediğinden, atılı suçtan, delil yetersizliğinden beraatine karar vermek ve aşağıdaki şekilde hüküm kurmak gerekmiştir... 1-Sanık Vahit B... hakkında her ne kadar Rızası Olmaksızın Bir Kadının Çocuğunu Düşürtmeye Teşebbüs

Çocuk düşürtme suçundan gönüllü vazgeçme⁴³⁹ mümkündür⁴⁴⁰. Kadına veya cenine acıma nedeniyle suç tamamlanmadan failin kendi iradesiyle fiillerine son vermesi durumunda ya da fiillerin tamamlanmasına rağmen neticenin meydana gelmesinin engellenmesi durumunda gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır⁴⁴¹. Vazgeçme anına kadar gerçekleştirilen fiiller herhangi bir suç oluşturuyorsa bu suçtan dolayı cezai sorumluluk vardır. Gebeliği sonlandırmaya yönelik tıbbi müdahaleye başlandıktan sonra, müdahaleyi yarıda kesme durumunda, yaralama suçundan sorumluluk doğabilir⁴⁴².

5.2. İştirak

Suçta tanımlanan fiilin birden fazla kişiye birlikte işlenmesi durumunda iştirak söz konusu olur. İştirak, suça azmettirme veya yardım etme şeklinde olabilir. TCK'nın 38. maddesinde düzenlenen azmettirme, suç işlemeyi düşünmeyen kişiyi suç işleme kararı aldırmasıdır. Kişinin aklında yer alan suç işleme fikrini desteklemek

suçunu işlediği iddiasıyla kamu davası açılmış ise de, sanığın üzerine atılı suçu işlediği sabit olmadığından CMK'nın 223/2-e maddesi uyarınca atılı suçtan BERAATİNE, 2-a)Sanık Abdullah A... N...'nin üzerine atılı suçu işlediği anlaşıldığından, suçun işleniş biçimi, sanığın şahsi, sosyal ve ekonomik durumu göz önüne alınarak eylemine uyan 5237 Sayılı TCK'nun 99/1 maddesi uyarınca takdiren 5 YIL HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, b) Eylemin teşebbüs aşamasında kaydığı 3-a)Sanık İlknur Y...'ın üzerine atılı suçu işlediği anlaşıldığından, suçun işleniş biçimi, sanığın şahsi, sosyal ve ekonomik durumu göz önüne alınarak eylemine uyan 5237 Sayılı TCK'nun 99/1 maddesi uyarınca takdiren 5 YIL HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, b) Eylemin teşebbüs aşamasında kaydığı anlaşıldığından, sanığa verilen cezanın 5237 sayılı TCK'nun 35/1-2 madde uyarınca takdiren 2/3 oranında indirilerek 1 YIL 8 AY HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, 4-a)Sanık Salih B...'nin üzerine atılı suçu işlediği anlaşıldığından, suçun işleniş biçimi, sanığın şahsi, sosyal ve ekonomik durumu göz önüne alınarak eylemine uyan 5237 Sayılı TCK'nun 99/1 maddesi uyarınca takdiren 5 YIL HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, b) Eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı ...” şeklindedir.

⁴³⁹ TCK m. 36 hükmü; “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.” şeklindedir. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., s. 61.

⁴⁴⁰ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAĞSIZ, TEPE, a.g.e., s. 302.

⁴⁴¹ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 175.

⁴⁴² ERTUĞRUL, a.g.e., s. 95.

azmettirme kapsamında değildir⁴⁴³. Suç işlemeye teşvik etmek, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, fiilin işlenmesinden önce veya işlenmesi esnasında yardımda bulunmak ya da işlendikten sonra yardımda bulunmayı vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak durumunda ise TCK m. 39 gereğince yardım eden sıfatıyla sorumluluk söz konusu olur.

TCK m. 40 gereğince iştiraktan sorumlu olmak için, en azından teşebbüs aşamasına varmış, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiil bulunmalıdır⁴⁴⁴. Özgü suçlarda yalnızca özel nitelik taşıyan kişi fail olabileceği için suça iştirak eden diğer kişiler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olur.

TCK m. 99/2 kapsamında tıbbi zorunluluk olmamasına rağmen gebeliğin sonlandırılmasına rıza gösteren kadının da ayrıca cezalandırılacağı düzenlendiği için bu durumda gebe kadın azmettiren olarak cezalandırılmaz. TCK m. 99/2 hükmüne göre rıza gösteren gebe kadına bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. Gebeliği sonlandıran faile ise, rıza gösteren gebe kadından daha ağır olarak, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. TCK m. 38 hükmü gereği başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır. Fakat TCK m. 99/2'deki özel düzenleme gereği rıza gösteren gebe kadın failden daha hafif ceza alacaktır. Gebe kadın dışında suça iştirak edenler açısından genel iştirak kuralları uygulanacaktır. Bizzat gebe kadının kendi gebeliğini sonlandırması durumunda TCK m. 100'de düzenlenen "Çocuk Düşürme" suçu oluşacaktır⁴⁴⁵. Kural olarak çocuk düşürtme suçunda (TCK m. 99) fail gebe kadın dışında herkes olabilir. Yalnızca kanun koyucu TCK m. 99/2'de ayrıca rıza gösteren gebe kadını da iştirak hükümleri yerine fail olarak cezalandırmayı uygun görmüştür. TCK m. 100'de düzenlenen çocuk düşürtme suçunda gebe kadının bizzat kendisinin gebeliği sonlandırmaya yönelik fiilleri gerçekleştirilmesi cezalandırılmakta, TCK m. 99/2'de ise gebeliğin

⁴⁴³ AYDIN, a.g.e., s. 93.

⁴⁴⁴ MERAN, a.g.e., s. 300.

⁴⁴⁵ DÖNMEZ, a.g.e., s. 129.

başkası tarafından sonlandırılmasına rıza gösteren kadın cezalandırılmaktadır⁴⁴⁶. Kanun koyucu bu düzenlemeyle normalde azmettirmeden sorumluluğu doğabilecek olan ve bunun sonucu olarak da gebeliği sonlandıran faille aynı cezayı alacak kadın açısından daha az ceza öngörmüştür⁴⁴⁷.

Gebe kadını gebeliğin sonlandırılmasına ikna eden, fiili gerçekleştirecek kişiyi bulan, ücreti ödeyen kişinin yardım eden olarak sorumluluğu bulunmaktadır⁴⁴⁸. Bir hekimin, işlemi gerçekleştirecek olan başka bir hekimi tavsiye etmesi durumunda da sorumluluk yardım eden sıfatından kaynaklanmaktadır⁴⁴⁹.

Keskin Kızıroğlu'na göre TCK m. 99/1'de düzenlenen suçun faili gebeliği sonlandırmaya yetkili kişi olmak zorundadır. Bu sebeple özgü suçtur. TCK m. 40/2 gereği iştirak edenler azmettiren veya yardım eden olarak sorumludur. TCK m. 99/5 ikinci cümlesinde düzenlenen nitelikli hal yönünden ise fail gebeliği sonlandırmaya yetkili olmayan üçüncü kişi olduğundan, genel iştirak hükümleri uygulanır⁴⁵⁰.

Ertuğrul'a göre suç özgü suç olduğundan iştirak edenler yardım eden veya azmettiren olarak sorumludurlar. TCK m. 99/1'e gebe kadın dışında herkesin iştiraki mümkündür. Beşinci fıkra yönünden gebe kadının rızası söz konusu ise, kadının azmettiren ya da yardım eden sıfatından sorumluluğu doğar⁴⁵¹.

Oktar'a göre fail yetkili kişi ise özgü suça ilişkin hükümler uygulanır. Fail suçun nitelikli halinde belirtildiği üzere yetkisiz kişi ise iştirake ilişkin genel hükümler uygulanır. Şerikler failin niteliği hakkında hataya düşmüşlerse TCK m.

⁴⁴⁶ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 322.

⁴⁴⁷ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 175.

⁴⁴⁸ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAĞSIZ, TEPE, a.g.e., s. 303.

⁴⁴⁹ HAKERİ, a.g.e., s. 874.

⁴⁵⁰ KESKİN KİZİROĞLU, a.g.e., s. 177.

⁴⁵¹ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 96-125.

30/2 hükmü gereğince bu hatadan yararlanırlar, failin niteliğinden kaynaklanan ağırlaştırıcı neden bu kişiler hakkında uygulanmaz⁴⁵².

5.3. İçtima

TCK m. 43/1'e göre bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda bir ceza verilir fakat ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Mağduru belli olmayan suçlarda da aynı fıkra hükmü uygulanır. TCK m. 43/2'ye göre aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiille işlenmesi durumunda da bir ceza verilir fakat ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır⁴⁵³. TCK m. 44'e göre işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.

Çocuk düşürtme suçunda gebe kadının beden veya ruh sağlığının zarar görmesi ya da gebe kadının ölmesi halleri neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerdendir, TCK m. 42 hükmü gereğince bileşik suçtur⁴⁵⁴. TCK m. 99/3-4'de düzenlenen nitelikli hallerle sebebiyet verildiği takdirde, bu fıkra hükümleri uygulanacağı fail ayrıca birinci ve ikinci fıkralardan cezalandırılmaz. Aynı şekilde faile ayrıca öldürme veya yaralama suçlarından ceza verilmez⁴⁵⁵. Başka deyişle gerçek içtima hükümleri uygulanmaz. Suçun mağduru konusunda öğretilerde görüş birliği olmadığından zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı görüşler

⁴⁵² OKTAR, a.g.e., s. 215.

⁴⁵³ TCK'nın 43. maddesi hükmü; "(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır. (2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır. (3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz" şeklindedir. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., s. 67.

⁴⁵⁴ OKTAR, a.g.e., s. 216.

⁴⁵⁵ PARLAR, HATIPOĞLU, a.g.e., s. 198.

mevcuttur⁴⁵⁶. Zincirleme suç, aynı suçun değişik zamanda aynı kişiye karşı bir suç işleme kararıyla birden fazla işlenmesi durumunda söz konusu olur. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiille işlenmesi aynı neviden fikri içtima hükmünün uygulanmasına sebebiyet verir⁴⁵⁷.

Dönmez'e göre gebe kadının rızasının varlığı halinde gebeliğin sonlandırılması durumunda suçun mağduru cenin, rıza olmaksızın gebeliğin sonlandırılması durumunda ise suçun mağduru cenin ve gebe kadındır. On haftadan fazla gebeliklerde kanun koyucu, tıbbi zorunluluk bulunmadığı takdirde, ceninin yaşam hakkına üstünlük tanımıştır. Suçun mağduru gebe kadın kabul edilirse, aynı gebe kadına karşı farklı cenine gebe olduğu zamanlarda aynı failin birden fazla kez gebe kadının gebeliklerini sonlandırması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Suçun mağduru cenin kabul edilirse, ceninin ceza hukuku anlamında kişi olarak kabul edilmediği ve her bir ceninin farklı varlık olduğu dikkate alındığında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu sebeple on haftadan fazla gebeliklerde zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Gebe kadının rızası olmayan hallerde, kanun koyucunun asıl amacının ceninin yaşam hakkının korunması olması sebebiyle yine zincirleme suç hükümleri uygulanmamalıdır. On haftadan az gebeliklerde de suçun mağduru gebe kadın ve cenin olduğundan yine zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Öğretideki görüş farklılığı suçun mağduru konusundaki farklı görüşlerden kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda TCK m. 43/3 "*kişilere karşı suçlar*" olarak değiştirilebilir. TCK m. 99'un üçüncü ve dördüncü fıkralarındaki nitelikli haller bakımından, fail birden fazla fiil ve irade ile hem suçun basit halini hem de nitelikli halini işlemeyi amaçlamışsa gerçek içtima uygulanmalıdır⁴⁵⁸.

Kitapçioğlu'na göre, cenin kişi olarak kabul edilmediğinden zincirleme suç hükümleri uygulanamaz, her fiil ayrıca cezalandırılmalıdır. Birden fazla gebe kadının

⁴⁵⁶ CAN, a.g.e., s. 94.

⁴⁵⁷ ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 712-735.

⁴⁵⁸ DÖNMEZ, a.g.e., s. 127-131.

gebeliğini sonlandırmak için tek bir fiille, örneğin tüm kadınlara ulaşabilecek düzenekle hazırlanmış şırıngayla, çocuk düşürtme suçunun işlenmesi durumunda ise zincirleme suç hükümleri ulaşacaktır⁴⁵⁹.

Can'a göre, suç ve ceza içeren düzenlemelerde kıyas yapılamayacağı ve kıyasa yol açacak nitelikte genişletici yorum yapılamayacağından, TCK m. 43/3 ve m. 99'da bu konuda bir düzenleme yapılmalıdır⁴⁶⁰.

Keskin Kızıroğlu'na göre, TCK m. 99/1'de düzenlenen suçta mağdur gebe kadındır. İkiz üçüz gibi çoklu gebelik söz konusu ise, birden fazla cenine karşı işlenen suç sonucu tek çocuk düşürtme suçundan cezalandırma yoluna gidilmelidir. Fakat suçun birden fazla cenine karşı işlenmesi hali, failin çoklu gebeliği bilmesi durumunda, cezada artırım nedeni olarak kanunda düzenlenebilir. Kanunun mevcut haliyle ise yalnızca üst sınırdan cezayı belirlemede ölçü alınabilir⁴⁶¹.

Meran'a göre çocuk düşürtme suçuna zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için "*bir suç işleme kararı*" olmalıdır. Bundan kastedilen, aynı kanun hükmünün birden fazla kez ihlal edilmesi yönünde suç işlenmeden önce bir plan yapılması veya suç işleme yönünde karar verilmesi, fiilin tek seferde değil parça parça gerçekleştirilmesi, sonradan gerçekleştirilen hareketlerin önceki hareketlerin devamı niteliğinde olması ve tüm hareketler arasında subjektif bağlantı varlığının bulunmasıdır. Çocuk düşürtme suçu kapsamında her mağdur için farklı fiil söz konusu olacağından ve aynı mağdurun tekrar ne zaman gebe kalacağına önceden bilinmemesi sebebiyle suç işlenmeden önce plan yapılması veya suç işleme yönünde karar verilmesi mümkün değildir⁴⁶².

Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre mağdur gebe kadın olarak kabul edilirse zincirleme suç hükümleri uygulanabilir. Çoklu gebeliklerde mağdur

⁴⁵⁹ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 323-324.

⁴⁶⁰ CAN, a.g.e., s. 94.

⁴⁶¹ KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 177.

⁴⁶² MERAN, a.g.e., s. 300-301.

tek kişi olduğu için zincirleme suç hükümleri uygulanamaz, ortada tek bir suç vardır. Bu durumda TCK m. 61/1-e gereğince temel ceza belirlenirken üst sınıra yaklaşılabılır⁴⁶³.

Güney Tunalı'ya göre aynı kadının farklı gebeliklerinin sonlandırılmasında birden fazla suç oluşur. Tek hareketle birden fazla kadına karşı suçun işlenmesi mümkün değildir. Çoğul gebeliğın sonlandırılmasında ise kadına karşı tek suçtan sorumluluk meydana gelir. Çoğul gebelikte müdahale gerçekleştirilirken, ceninin biri çıkarıldıktan sonra araya zaman girmeksizin diğlerinin de çıkarılması durumunda tek suç oluşmakta, araya zaman girdikten sonra diğ ceninin çıkarılması durumunda ise zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir⁴⁶⁴.

Ertuğrul'a göre birinci fıkrada düzenlenen suçun mağduru gebe kadın olduğundan zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Aynı kadının birden fazla gebeliğının farklı zamanlarda sonlandırılması buna örnektir. Farklı gebe kadınlara yönelen fiiller durumunda gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Aynı kadına yönelen fiiller bakımından, kadının çoklu gebeliği söz konusu ise, tek fiille birden fazla ceninin düşmesine neden olunması durumunda tek suçtan sorumluluk söz konusudur. Bu durumda zincirleme suç hükümleri de uygulanamaz. Çünkü fiil değişik zamanda gerçekleştirilmemektedir. Aynı şekilde suçun mağduru kadın olduğundan, tek fiille birden fazla farklı kişiye yönelen fiil söz konusu değildir. Yalnızca ceninlerin düşürülmesi anlarında zaman farkı varsa ve birden fazla fiille düşürme gerçekleştirilmişse bu durumda çoklu gebelikte zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır. İkinci ve beşinci fıkrada düzenlenen suçların mağduru toplum olduğundan, farklı zamanlarda aynı kadının birden fazla gebeliğının sonlandırılması durumunda zincirleme suç, farklı kadınlara karşı fiilin işlenmesi durumunda gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Aynı kadının çoğul

⁴⁶³ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, a.g.e., s. 303.

⁴⁶⁴ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 181.

gebeliği durumunda, tek suçtan sorumluluk kabul edilecek, bu durum TCK m. 61 gereği temel ceza belirlenirken dikkate alınacaktır⁴⁶⁵.

Hakeri'ye göre çoklu gebelik durumunda, düşürülen cenin sayısınca suç oluşur, her bir ceninin yaşamsal fonksiyonlarına son verilmektedir. Failin kastına göre her iki düşürtmeden sorumluluk doğacak ya da doğmayacaktır. İki cenini düşürtme kastı yoksa, tek cenini düşürtme kastı ile müdahalenin başladığı fakat çoklu gebelik olduğu anlaşıldığında, ikinci ceninin düşmesi durumunda taksirli hareket söz konusu olacak, suçun taksirli haline kanunda yer verilmediğinden tek düşürtme suçundan sorumluluk doğacaktır. Çoklu gebeliğin tahmin edilip, düşme sonucunun gerçekleşmesi ihtimali göze alınarak müdahale gerçekleştirildiğinde olası kast söz konusu olacağından iki ayrı düşürtme suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekecektir. Birden fazla ceninin düşürtülmesinde zincirleme suç hükümlerini uygulamak mümkün değildir. TCK m. 43/2 ceza hukuku kapsamında kişi kabul edilenlere uygulanabilecek bir hükümdür. Birden fazla kişiye yönelik öldürme, yaralama suçlarına zincirleme suç hükümleri uygulanamamasına rağmen, aynı düzenlemenin çocuk düşürtme suçu açısından öngörülmemesi sorun teşkil etmektedir⁴⁶⁶.

Hafizoğulları/Özen'e göre, TCK m. 99/2'de düzenlenen suç yönünden dördüncü fıkra nitelikli hal düzenlenmişken, beşinci fıkra düzenlenen suç yönünden nitelikli hale yer verilmemiştir. Başka deyişle, beşinci fıkra düzenlenen suç sonucu gebe kadının ölmesi ya da beden veya ruh sağlığının zarar görmesi haline kanunda yer verilmemiştir. Bunun sonucu olarak TCK m. 99/5'de düzenlenen suç işlendiğinde, rıza bulunmaması sebebiyle hem çocuk düşürtme suçundan hem de gebe kadının vücut bütünlüğü ihlali söz konusu olduğu için öldürme veya yaralama suçundan sorumluluk söz konusu olacaktır⁴⁶⁷.

Gökcan'a göre beşinci fıkra suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine atıf yapılmadığından, rıza dahilinde yetkisiz kişice gebeliğe son verilmesi

⁴⁶⁵ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 97-116.

⁴⁶⁶ HAKERİ, a.g.e., s. 874-875.

⁴⁶⁷ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, a.g.e., s. 144-145.

durumunda kadının ölmesi ya da beden veya ruh sağlığının zarar görmesi durumunda üçüncü ve dördüncü fıkralar uygulanamaz, gerçek içtima hükümleri uygulanmalı, hem beşinci fıkradan hem de duruma göre üçüncü ya da dördüncü fıkradan ayrı ayrı ceza verilmelidir⁴⁶⁸.

Kanaatimizce birinci fıkroda düzenlenen suçun mağduru gebe kadındır. Tek fiille birden fazla gebe kadına karşı çocuk düşürtme suçunun işlenmesi durumunda aynı neviden fikri içtimanın düzenlendiği TCK'nın 43/2. maddesi hükmünün uygulanması mümkündür. Fakat TCK m. 43/1 hükmünün uygulanması mümkün değildir. Zira burada kanun koyucu bir suç işleme kararının icrasını aramaktadır. Bir suç işleme kararından bahsedebilmek için suç işlenmeden önce aynı kanun hükmünü birden fazla kez ihlal edeceği yönünde failin karar alması ve sonraki fiillerin öncekilerin devamı niteliğinde olup aralarında bağlantı olması gereklidir. Ayrıca iki fiil arasında makul sayılamayacak bir süre geçmiş olmamalıdır. Kadının birden fazla kez gebe kalması mümkündür. Gebe kadına karşı çocuk düşürtme suçu işlendikten sonra, aynı kadının bir daha ne zaman gebe kalacağı meçhuldür. Bu durumda failin ilk suçu işlediği sırada ileride tekrar gebe kalıp kalmayacağı belli olmayan aynı kadına karşı bir suç işleme kararının bulunduğu bahsedilemez. Kaldı ki ikinci gebelik ile birinci gebelik arasındaki zaman, makul süreyi aşacaktır. Dolayısıyla aynı kadının farklı gebeliklerinin sonlandırılması durumunda birden fazla çocuk düşürtme suçu oluşur. İkinci ve beşinci fıkraların mağduru ise toplumdur. TCK m. 43/1 hükmünün uygulanması için mağdurun aynı kişi olması gereklidir. Farklı kişilerin mağdur olması durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Fakat TCK m. 43/1'in son cümlesinde belirtildiği üzere mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmünün uygulanması mümkündür. Çocuk düşürtme suçunun ikinci ve beşinci fıkralarının mağduru da belli bir kişi değil, toplumu oluşturan herkeştir. Bu sebeple ikinci ve beşinci fıkralarda düzenlenen suçlar bir suç işleme kararının icrası kapsamında birden fazla kez birden fazla gebe kadına karşı işlendiği takdirde TCK m. 43/1 gereğince zincirleme suç hükümlerinin uygulanması önünde kanunen engel yoktur. Çoklu gebelik durumunda ise, mağduru gebe kadın olan birinci fıkra suçunda

⁴⁶⁸ GÖKCAN, a.g.e., s. 612.

tek çocuk düşürtme suçu oluşacak, fakat bu durum temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Aynı şekilde mağduru toplum olan ikinci ve beşinci fıkralarda düzenlenen suçlarda da tek çocuk düşürtme suçundan, temel cezada bu durum dikkate alınarak cezalandırma yoluna gidilecektir.

TCK m. 43/3 hükmüne göre kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanmaz, gerçek içtima uygulanır, her fiil ayrıca cezalandırılır. Doğum gerçekleşmeden kısa süre önce gebe kadına ya da cenine yönelen zarar verici nitelikte olan fiillerin TCK m. 99'un birinci fıkrasında düzenlenen suça sebebiyet vermesi durumunda TCK m. 43/2 hükmü uygulanacak fakat TCK m. 43/1 hükmü uygulanmayacak, TCK m. 99'un ikinci ve beşinci fıkralarında düzenlenen suçlara sebebiyet vermesi durumunda ise TCK m. 43/1 hükmü uygulanacaktır. Oysa doğum gerçekleştikten sonra kadınlara ya da yeni doğan bebeklere karşı işlenecek zarar verici nitelikte fiillerin kasten yaralama, kasten öldürme suçlarına veya TCK m. 43/3'de sayılan diğer suçlara sebebiyet vermesi durumunda gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Mevcut düzenlemeye göre, doğumdan birkaç gün önce rahimde bulunan yaşamsal fonksiyonları devam eden cenin ile yeni doğmuş birkaç günlük bebek için farklı hükümlerin uygulanması söz konusudur. Yeni doğan bebeğe yönelen fiiller canlılığı zedeleme, cenine yönelen fiiller ise potansiyel canlılığı zedeleme niteliği taşımaktadır. Benzer şekilde gebe kadınlara gebe olmayan kadınlara karşı da farklı hükümlerin uygulanması söz konusudur. Bu sebeple kanaatimizce TCK m. 99'un birinci fıkrasında düzenlenen suç yönünden TCK m. 43/2, TCK m. 99'un ikinci ve beşinci fıkralarında düzenlenen suçlar yönünden ise TCK m. 43/1 hükmünün uygulanmasını önlemek için TCK m. 43/3 hükmüne "*çocuk düşürtme suçu*" da eklenerek gerçek içtima hükümlerinin uygulanmasının yolu açılmalıdır. Kastan öldürme suçunun nitelikli halinin düzenlendiği TCK m. 82/1-f bendinde ve kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış halinin düzenlendiği TCK m. 87/2-e bendinde sadece gebelik halinden bahsedilmiş, çoklu gebelik ayırımına gidilmemiştir. Çoklu gebeliğe nitelikli hal olarak yer verilmemesi eksiklik değildir. Çoklu gebeliğin nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerekli değildir. Temel ceza belirlenirken gebeliğin süresi, cenin sayısı gibi kriterler dikkate alınarak alt sınırdan uzaklaşılır. Ceza miktarının alt ve üst sınırının çoklu gebeliğin değerlendirilmesi aşamasında yetersiz olduğu kanaati varsa

ceza miktarının alt ve üst sınırında değişiklik yapılması yeterli olacaktır. TCK m. 43/3'e eklenecek bir hükümlle TCK m. 99/1'de düzenlenen rıza olmaksızın çocuk düşürtme suçu için TCK m. 43/2 hükmünün uygulanmayacağı öngörülse dahi çoklu gebelik durumunda birden fazla cenine karşı suçun işlenmesi durumunda gerçek içtima hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Zira bu suçta mağdur cenin değil gebe kadındır.

6. HATA

TCK m. 30'da⁴⁶⁹ tanımlanan hata, başka deyişle yanılığı, fiili hata ve hukuki hata olarak ayrılmaktadır. Suçun zorunlu unsurlarından birini bilmemek esaslı hatadır. Esaslı hata kastı ortadan kaldırır. Hataya kendi kusuruyla düşen fail, suçun taksirli hali kanunda düzenlenmişse bundan dolayı sorumlu olabilir⁴⁷⁰. Kastı kaldıran hata halleri; suçun maddi unsurlarında, nitelikli unsurlarında, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında meydana gelebilir. Kusurluluğu etkileyen hata halleri ise; haksızlık hatası, kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hata şeklinde meydana gelebilir⁴⁷¹.

Fail, gebe kadının rızası dahilinde gebeliğin on haftanın altında olduğu düşüncesiyle gebeliği sonlandırır ve gebelik süresi konusundaki hatası esaslı olursa, başka deyişle kabul edilebilir bir hata olursa, TCK m. 30/1 uyarınca suçun maddi unsurlarından olan gebelik süresine ilişkin bu hatasından yararlanır. Fail çocuk düşürtme suçu açısından kasten hareket etmiş sayılmaz ve çocuk düşürtme suçunun taksirli haline kanunda yer verilmediğinden CMK m. 223/2-c hükmü gereğince

⁴⁶⁹ TCK'nın 30. maddesi hükmü; "(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (4) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz." şeklindedir. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., s. 54.

⁴⁷⁰ AYDIN, a.g.e., s. 75.

⁴⁷¹ ARTUK, GÖKCEN, a.g.e., s. 560-561.

beraatına karar verilmesi gerekir. Suçun maddi unsurlarında hata faile ilişkin bir durumdur. Fail veya müdafii tarafından ileri sürülmedikçe kural olarak mahkemece suçun maddi unsurlarında hataya düşülüp düşülmediğine ilişkin bir araştırma yapılmaz⁴⁷².

Kitapçioğlu'na göre TCK m. 99/1'de rıza suçun unsurlarındandır. Bu sebeple rıza konusunda hataya düşerek, rızanın var olduğunu sanarak kadına müdahalede bulunan hekim suçun unsurunda hataya düştüğünden cezalandırılmaz. Kadının suç sonucu gebe kaldığı zannedilerek müdahalede bulunma durumunda, cezasızlık nedeniyle hata kabul edilemeyeceğinden, fail cezalandırılır⁴⁷³.

Hafizoğulları/Özen'e göre failin kastı, gebe olduğu ve gebeliği sonlandırmaya rızası olmadığı bilinen kadına karşı, bilerek ve isteyerek gebeliği sonlandırmayı amaçlayan fiillerin işlenmesine yönelmelidir. Gebe kadının rızasının var olduğu yönünde hataya düşülerek fiilin gerçekleştirilmesi durumunda, esaslı hata söz konusu olmadığından, kastın olduğu varsayılır. Gebe olmayan kadın gebe sanılarak fiil gerçekleştirildiği takdirde ise, suçun önşartı olan gebelikte hata meydana gelir ve işlenemez suç söz konusudur. Failin TCK m. 99'dan sorumluluğundan bahsedilemez. Fakat bu durumda gebe olmayan kadına karşı yaralama suçundan sorumluluk doğabilir. Beşinci fıkra düzenlenen suç yönünden, gebe kadının rızası ile bilerek ve isteyerek gebeliği sonlandıran yetkisiz kişi, kadının rızasının varlığı durumunda on haftaya kadar olan gebeliğin sona erdirilmesinin hukuka uygun olduğunu zannederek fiili işlese dahi, kanunu bilmemek mazaret sayılamayacağından, fiil suç oluşturur⁴⁷⁴.

Ertuğrul'a göre birinci fıkra yönünden zorunluluk halinin uygulanması mümkün değildir. Hata durumunda, hata failin kastını ortadan kaldırır, bu sebeple suç oluşmaz. Kadının rızası olduğu sanılarak müdahalede bulunulması durumunda çocuk düşürtme suçundan sorumluluk söz konusu olmasa bile taksirle yaralama

⁴⁷² Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2016/14-330 Esas – 2017/536 Karar sayılı ilamı.

⁴⁷³ KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 328.

⁴⁷⁴ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, a.g.e., s. 141-144.

suçundan sorumluluk doğabilir. İkinci fıkraya yönünden ise, çoğul gebeliklerde kadının yaşamı veya bedeni ya da ceninlerin yaşamı için bir ceninin düşürülmesi durumunda zorunluluk hali uygulama alanı bulacak, rıza gösteren kadın ve müdahaleyi gerçekleştiren yetkili kişinin cezai sorumluluğu olmayacaktır⁴⁷⁵.

Keskin Kızıroğlu'na göre mağdurun gebe olduğunun zannedilmesi durumunda maddi unsurda hata söz konusu olur, kasten yaralama hükümleri değerlendirilebilir⁴⁷⁶.

Can'a göre kadının gebe olmamasına rağmen gebe olduğunun düşünülmesi durumunda çocuk düşürtme suçu oluşmaz. Bu durumda suçun konusu veya korunan hukuksal yarar bulunmadığından işlenemez suç söz konusu olur, fail şartları varsa kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarından sorumlu tutulur⁴⁷⁷.

Kanaatimizce TCK m. 99'un birinci, ikinci ve beşinci fıkralarında düzenlenen rıza, tipiklik unsurudur, hukuka uygunluk nedeni değildir. Aynı şekilde ikinci fıkroda tıbbi zorunluluk bulunmaması hali de tipiklik unsurudur. Bu sebeple bu unsurlarda hata TCK m.30/3 kapsamında değerlendirilemez, suçun maddi unsurunda hata olarak değerlendirilebilir. TCK m. 99'un altıncı fıkraya hükmü ise hakkın kullanılması kapsamında hukuka uygunluk nedenidir. Bu fıkroda yer alan rıza veya suç şüphesi sonucu gebe kalma unsuru TCK m. 30/3, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata, kapsamında değerlendirilmelidir.

⁴⁷⁵ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 102-118.

⁴⁷⁶ KESKİN KIZIROĞLU, a.g.e., s. 172-179.

⁴⁷⁷ CAN, a.g.e., s. 87.

7. YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA

TCK m. 99'daki suçlar bakımından görevli mahkeme 5235 sayılı kanun gereğince Asliye Ceza Mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise suçun gerçekleştiği yer mahkemesidir.

TCK m. 99 kapsamındaki suçlar şikayete tabi değildir, resen soruşturulur. Suçun faili kamu görevlisi ise, 4483 sayılı kanun gereğince, soruşturma izni almak gerekir⁴⁷⁸. Bu durumda suçun kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle işlenmesi gereklidir. Fakat maddenin üçüncü ve beşinci fıkralarında düzenlenen suçlar ağır cezayı gerektirdiğinden, bunlar için soruşturma izni alınmasına gerek yoktur⁴⁷⁹.

Çocuk düşürtme suçu uzlaşma ve ön ödeme kapsamı dışındadır⁴⁸⁰. TCK m. 99'da yer alan suçlar sonucu hapis cezası paraya çevrilmezse, kasten işlediği suç sonucu fail TCK m. 53/1'de yer alan haklarından yoksun bırakılır⁴⁸¹.

Fiil doktor tarafından gerçekleştirilmişse, tıbbi zorunluluk bulunup bulunmadığı hususunda ATK veya Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor aldırılmalıdır⁴⁸².

Kanaatimizce doğumdan kısa süre önce bütün organları oluşan ceninin kadın rahminde bulunması ile doğum sonrası rahim dışında tam ve sağ doğumun gerçekleşmesi sonucu meydana gelen çocuk arasında kişi sıfatını kazanıp kazanmama dışında başkaca önemli fark yoktur. Bu sebeple yeni doğan bir günlük çocuğun öldürülmesi durumunda TCK m. 81 hükmünce öngörülen müebbet hapis cezası dikkate alındığında, TCK m. 99'da yer alan ceza miktarlarının alt ve üst sınırları yerindedir.

⁴⁷⁸ DÖNMEZ, a.g.e., s. 136.

⁴⁷⁹ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, a.g.e., s. 304.

⁴⁸⁰ ERTUĞRUL, a.g.e., s. 178-179.

⁴⁸¹ MERAN, a.g.e., s. 303.

⁴⁸² ARTUÇ, a.g.e., s. 554.

7.1. TCK m. 99/1

TCK m. 99/1’de düzenlenen suçun alt sınırının beş yıl olması nedeniyle adli para cezasına çevrilmesi veya TCK m. 51 gereğince ertelenmesi mümkün değildir. Yetkisiz kişilerce işlendiği takdirde TCK m. 99/5’in ikinci cümlesi hükmünce ceza yarı oranında arttırılır⁴⁸³. Gebelik süresi birinci fıkrada düzenlenen suçun oluşmasında önem arzetmez, temel ceza belirlenirken dikkate alınmalıdır. TCK m. 66/1-d hükmünce, bu fıkrada düzenlenen suç yönünden dava zamanaşımı süresi onbeş yıldır⁴⁸⁴. Birinci fıkra hükmüne göre beş yıldan on yıla kadar ceza öngörülmüş olup, bu ceza yetkili kişilere, başka deyişle kadın doğum uzmanları ile yeterlik belgesi olan hekimlere, verilecek cezadır⁴⁸⁵.

7.2. TCK m. 99/2

TCK m. 99/2’nin birinci cümlesinde düzenlenen suç yönünden mahkemece hükümlenen sonuç ceza TCK m. 51/1 gereğince iki yıl veya daha az süreli hapis cezası ise ertelenmesi mümkündür. Cezanın alt sınırı iki yıl olduğundan TCK m. 49/2 gereğince kısa süreli hapis cezası değildir, 50. madde gereğince adli para cezasına çevrilemez⁴⁸⁶. TCK m. 66/1-e hükmünce, bu suç yönünden dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır⁴⁸⁷. İkinci fıkra birinci cümle hükmüne göre iki yıldan dört yıla kadar ceza öngörülmüş olup, bu ceza sadece kadın doğum uzmanlarına verilecek cezadır⁴⁸⁸.

⁴⁸³ MERAN, a.g.e., s. 301.

⁴⁸⁴ BAKICI, a.g.e., s. 1026-1027.

⁴⁸⁵ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 207.

⁴⁸⁶ MERAN, a.g.e., s. 301.

⁴⁸⁷ BAKICI, a.g.e., s. 1027.

⁴⁸⁸ GÜNEY TUNALI, a.g.e., s. 207.

TCK m. 99/2'nin ikinci cümlesinde düzenlenen suç yönünden kanunda bir yıla kadar hapis veya adli para cezası seçimlik ceza olarak öngörülmüştür. Seçimlik cezalardan hapis tercih edilirse, TCK m. 49/1 gereğince bir ay ile bir yıl arası hapis cezasına hükmedilir. Seçimlik cezadan hapis cezası seçildiği için, TCK m. 50/2'de belirtildiği üzere, ceza artık adli para cezasına çevrilemez. Seçimlik ceza olarak adli para cezası seçildiği takdirde, suç maddesinde gün sayısı belirtilmediğinden TCK m. 52 gereğince beş gün ile yediyüzotuz gün arası gün sayısı belirlenir ve aynı maddenin ikinci fıkrası gereği belirlenen miktar ile çarpılır, böylece sonuç adli para cezası takdir edilir⁴⁸⁹. Hapis veya adli para cezasından biri seçilmek zorundadır, iki cezaya birden hükmlenemez. TCK m. 58/3 gereğince tekerrür halinde seçimlik cezalardan hapis cezası seçilmek zorundadır. TCK m. 66/1-e hükmünce, bu suç yönünden dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır⁴⁹⁰. Kanun koyucu, TCK'nın 99/2. maddesinde, rıza gösteren gebe kadına gebeliği sonlandıran kişiden daha az ceza verilmesini öngörmüştür⁴⁹¹.

Kanaatimizce, TCK m. 100 çocuk düşürme suçu ile TCK m. 99/2'de rıza gösteren gebe kadın açısından aynı cezanın öngörülmesi isabetli olmuştur. Madde hükmünde kadın için ayrı ceza düzenlenmemiş olsaydı, kadın azmettiren sıfatıyla gebeliği sonlandıran faile verilen ceza miktarıyla cezalandırılacaktı. Kanun koyucu takdirini kadına daha az ceza verilmesi yönünde kullanmıştır.

7.3. TCK m. 99/3, 4

TCK m. 99/3 gereği rıza olmaksızın gebeliğin sonlandırılması durumunda kadının beden veya ruh sağlığı bozulmuş ise kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. TCK m. 99/4 gereği rıza bulunsa bile tıbbi zorunluluk olmadan gebeliğin sonlandırılması durumunda kadının beden veya ruh sağlığı bozulmuş ise kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

⁴⁸⁹ MERAN, a.g.e., s. 301-302.

⁴⁹⁰ BAKICI, a.g.e., s. 1027-1028.

⁴⁹¹ DÖNMEZ, a.g.e., s. 114.

Kitapçioğlu'na göre fiiller aynı fakat ceza miktarlarının farklı olması doğru olmamıştır⁴⁹². Nitelikli hal yetkisiz kişilerce işlendiği takdirde TCK m. 99/5'in ikinci cümlesi hükmünce ceza yarı oranında arttırılır⁴⁹³. TCK m. 66/1-d hükmünce, bu fıkra düzenlenen suç yönünden dava zamanaşımı süresi onbeş yıldır. Bakıcı'ya göre, ölüm gerçekleştiği takdirde hükmolunacak cezanın alt sınırının, beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda verilecek cezanın üst sınırından az olmayacağı şekilde kanunda düzenleme yapılmalıdır⁴⁹⁴.

Kanaatimizce TCK m. 99/3'e nazaran dördüncü fıkra hükmünde ceza miktarının daha yüksek tutulması yerinde olmuştur. Zira birinci fıkra hükmünün nitelikli hali olan üçüncü fıkra kadının hiç rıza göstermemesi söz konusu iken, ikinci fıkra hükmünün nitelikli hali olan dördüncü fıkra kadının rızası vardır.

7.4. TCK m. 99/5

Hükmolunan sonuç ceza iki yıl veya daha az süreli hapis cezası ise ertelenmesi mümkündür. Cezanın alt sınırının iki yıl hapis olması sebebiyle adli para cezasına çevrilmesi mümkün değildir⁴⁹⁵. TCK m. 66/1-e hükmünce, bu fıkra düzenlenen suç yönünden dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır⁴⁹⁶.

Kanaatimizce TCK m. 99/2'nin birinci cümlesinde düzenlenen suç ile TCK m. 99/5'in birinci cümlesinde düzenlenen suçlar açısından aynı ceza miktarı öngörülmesinde sakınca yoktur. İkinci fıkra suçunda yetkili kişinin on haftadan fazla gebeliği sonlandırması, beşinci fıkra ise yetkisiz kişinin on haftadan az gebeliği sonlandırması söz konusudur. Kanun koyucu yetkisiz kişilere verilecek cezayı yetkili kişilere verilecek ceza miktarına nazaran daha yüksek tutmuştur, ayrıca gebelik

⁴⁹² KİTAPÇIOĞLU, a.g.e., s. 329.

⁴⁹³ MERAN, a.g.e., s. 302.

⁴⁹⁴ BAKICI, a.g.e., s. 1027.

⁴⁹⁵ MERAN, a.g.e., s. 303.

⁴⁹⁶ BAKICI, a.g.e., s. 1028.

süresinin on haftadan az ve fazla olması hallerini ceza miktarını belirlerken dikkate almıştır.



SONUÇ

Çocuk düşürtme suçunun konularından cenin, kişi sıfatına sahip değildir. TCK'da “Çocuk Düşürtme”, NPHK'da “Gebeliğin Sonlandırılması ve Sterilizasyon”, RTSHYDİT'de ise “Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon” terimleri ile aynı durum ifade edilmek istenmesine rağmen farklı terimler kullanılmıştır. Çocuk düşürtme suçunun unsurları konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Kişilik sıfatı bulunmayan cenine yönelen suçun mağduru konusundaki görüş farklılıkları, içtima hükümlerinin ne şekilde uygulanacağını belirlemede de farklılıklara neden olmaktadır. Yine TCK m. 99/6 hükmünün niteliği konusunda da farklı görüşler bulunduğu göze çarpmaktadır.

TCK'da tercih edilen “çocuk” ifadesi suçun konusu olan ceninin karşılığı değildir. Cenin kadın rahminde gelişimini sürdüren bir varlıktır, kadından ayrı düşünülemez. Nitekim birinci fıkra düzenlenen suçta ayrıca kadının vücut bütünlüğü de suçun konusunu oluşturmaktadır. Çocuk düşürtme suçu ile korunmak istenen hukuksal yarar yalnızca bireye ait değil, aynı zamanda topluma da aittir. Kadının anne olma hakkı, ceninin gelecekteki yaşam hakkı, toplumun varlığını sürdürme hakkı, kadının vücut dokunulmazlığı ve kamusal yarar aynı suç ile koruma altına alınmıştır. Suçla korunan hukuksal yararı doğru tespit etmek suçun konusunu belirlemede, dolaylı olarak da mağduru belirlemede ve içtima hükümlerinin ne şekilde uygulanacağına önem arzetmektedir. Cenin kişi sıfatına sahip değildir. Birinci fıkra ile kadının anne olma hakkı korunmakta, suçun maddi konusunu cenin ve kadının vücut bütünlüğü oluşturmakta, mağdur da kişi sıfatına sahip olan gebe kadın olmaktadır. İkinci fıkra düzenlenen suç ile toplumun varlığını sürdürme hakkı ve ceninin gelecekteki yaşam hakkı korunmakta, suçun maddi konusunu cenin oluşturmakta, mağdur da hem suçla korunan hukuksal yarar hem de bir suçun faili ile mağdurunun aynı olmayacağı göz önüne alındığında tüm toplum olmaktadır. Beşinci fıkra düzenlenen suç ile kamusal yarar korunmakta, suçun maddi konusunu cenin oluşturmakta, mağdur yine tüm toplum olmaktadır. Birinci fıkra suçunun mağduru gebe kadın olduğundan, tek fiille birden fazla gebe kadına karşı suçun işlenmesi durumunda TCK m. 43/2'nin uygulanması mümkündür. Kadının birden fazla kez gebe kalması mümkün olsa da, fail aynı kadının ikinci bir gebeliğinin ileride olup

olmayacağını bilemeyeceğinden aynı kadına karşı bir suç işleme kararının bulunduğundan bahsedilemez. Ayrıca ikinci gebelik ile birinci gebelik arasındaki zaman da makul süreyi aşacaktır. Bu sebeple TCK m. 43/1 hükmünün birinci fıkrada düzenlenen suç yönünden uygulanması mümkün değildir. İkinci ve beşinci fıkralarda mağdur tüm toplumdur, belli bir kişi değildir. TCK m. 43/1'in son cümlesi uyarınca ikinci ve beşinci fıkralarda düzenlenen suçlar bir suç işleme kararının icrası kapsamında birden fazla kez birden fazla gebe kadına karşı işlendiği takdirde TCK m. 43/1 hükmünün uygulanması mümkündür. Doğum gerçekleşikten sonra kadınlara ya da çocuklara karşı işlenecek fiillerin kasten yaralama, kasten öldürme suçları veya TCK m. 43/3'de sayılan diğer suçlara sebebiyet vermesi durumunda gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Mevcut düzenlemeye göre, doğumdan birkaç gün önce rahimde bulunan yaşamsal fonksiyonları devam eden cenin ile yeni doğmuş birkaç günlük bebek ve gebe kadın ile gebe olmayan kadın için benzer nitelikte fiilleri içeren suçlar işlenmesine rağmen farklı hükümlerin uygulanması söz konusudur. TCK m. 99'un birinci fıkrasında düzenlenen suç yönünden TCK m. 43/2, TCK m. 99'un ikinci ve beşinci fıkralarında düzenlenen suçlar yönünden ise TCK m. 43/1 hükmünün uygulanmasını önlemek için TCK m. 43/3 hükmüne "*çocuk düşürtme suçu*" da eklenerek gerçek içtima hükümlerinin uygulanmasının yolu açılmalıdır.

TCK m. 99'un birinci, ikinci ve beşinci fıkralarında düzenlenen rıza, tipiklik unsurudur, hukuka uygunluk nedeni değildir. Kanun koyucu madde metninde açıkça rıza unsuruna yer vermiştir. Birinci fıkrada rıza olmadan suçun işlenmesi hali, ikinci fıkrada ise rıza olmasına rağmen suçun işlenmesi hali düzenlenmiştir. Gebeliğin ilk on haftasına kadar gebeliğe son vermek, TCK m. 99 ve NPHK m. 5/1 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, kadına hak olarak tanınmıştır. TCK m. 99/6 hükmünde, fıkrada belirtilen şartlar kapsamında bu süre yirmi haftaya çıkarılmış, bu durumda gebeliğe son vermek yine kadına hak olarak tanınmıştır. Dolayısıyla altıncı fıkra hükmü hakkın kullanılması kapsamında hukuka uygunluk nedenidir. Altıncı fıkrada belirtilen rıza da, hukuka uygunluk nedeninin unsurudur. Gebeliğin sonlandırılmasında tıbbi müdahaleye rıza verme yetkisi yalnızca gebe kadına aittir. Çünkü müdahale, gebe kadının kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak surette tasarruf edebileceği vücut dokunulmazlığı hakkına yönelmektedir. İkinci fıkrada aranan tıbbi

zorunluluk hali de suçun unsurudur. Tıbbi zorunluluk bulunduğu takdirde gebeliğin sonlandırılması durumunda ikinci fıkra suçu oluşmaz.

Gebeliği sonlandırma hakkı gibi, hakkın kullanılması için kanunen belirli bir süre öngörüldüğü durumlarda, sürenin geçmesini sağlamak amacıyla kişinin hürriyetinden yoksun kılınması ya da başka suretle hakkını kullanmaktan mahrum bırakılması durumunda, engel kalktıktan sonra makul bir süre içinde kişiye hakkını kullanabilme imkanı tanınmalıdır. Bunun için TCK m. 26 hükmüne “*hakkını kullanması engellenen kişi, hakkın kullanılması için kanunda bir süre öngörülmüşse, engel ortadan kalktıktan itibaren iki hafta içinde hakkını kullandığı takdirde cezalandırılmaz.*” şeklinde ek bir düzenleme getirilebilir. Net bir süre belirlemek yerine makul süre denilmekle de yetinilebilir.

Altıncı fıkra hükmünde yer alan “*suç sonucu gebe kalma*” ifadesi madde metninin lafzına bağlı kalındığında, soruşturma ve kovuşturma süresinin yirmi haftada tamamlanması mümkün gözükmediğinden fıkra hükmünü uygulanamaz hale getirmektedir. Ayrıca gebeliğin bu şekilde gerçekleştiğini belirleyecek makam da net değildir. Madde metninin “*suç şüphesi sonucu gebe kalma*” olarak değiştirilmesi ve bu durumun takdirinin ya yalnızca Cumhuriyet savcısına ya da Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hakimine bırakılması yerinde olacaktır. Süreci hızlandırmak adına savcılığın talebinden itibaren sulh ceza hakiminin kararını açıklaması için bir süre öngörülebilir.

KAYNAKÇA

ALTUNER, İlyas, “Hipokrat Yemini”, Iğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 7, Nisan 2015, s. 4.

ARAVACIK, Esra Dündar, “Çocuklarda Aydınlatılmış Onam”, İzmir Barosu Dergisi, Sayı-1, Ocak 2017, s. 14-15.

ARTUÇ, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2008.

ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN, Ahmet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Eylül 2017.

ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN, Ahmet; YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Gerekçeli Ceza Kanunları, 10. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, Eylül 2010.

AVCI, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, Ekim 2014.

AYDIN, Nurullah, Türk Suç ve Ceza Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, Şubat 2008.

BABALIOĞLU, Rabiye, “Yardımla Üreme Teknikleri – Tüp Bebek ve Aileye Etkileri”, Uluslararası Aile Konferansı, 1. Baskı, Editör İlhan Yıldız, Ankara, SFN Televizyon Tanıtım Tasarım Yayıncılık Ltd. Şti., 2013, s. 282-283.

BAHADIR, Oktay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Yaşama Hakkı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ağustos 2009.

BAKICI, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Şubat 2010.

BOLAND, Reed; KATZİVE, Laura, “Developments In Laws Induced Abortion: 1998-2007”, International Family Planning Perspectives, Sayı 3, Cilt 34, Eylül 2008, s. 112-116.

BORING, Nicolas, “France”, Abortion Legislation in Europe, The Law Library of Congress Global Legal Research Center, Ocak 2015, s. 13.

BÜYÜKAY, Yusuf, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım, 1. Bası, İstanbul, Nisan 2016.

CAN, Sibel, “Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı-1, 2015, s. 83-100.

CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide; ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 2. Baskı, Cilt 1, Beta Yayınları, İstanbul, Mart 2011.

COLTHART, Gavin, Abortion Law, House Of Commons Library Science and Environment Section, Aralık 2009.

ÇOKAR, Muhtar, Kürtaj, 1. Basım, Babil Yayınları, İstanbul, 2008.

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017.

DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lügat, 2. Baskı, Doğu Ltd. Şti. Matbaası, Ankara, 1970.

DOĞAN, Cahid, “Çocuğun Soybağının Genetik Temelleri ve Soybağını Değiştirme Suçu”, Tıp/Sağlık Ceza Hukuku, 1. Baskı, Editör Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Mart 2014, s. 379-382.

DÖNMEZ, Burcu, “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu, Mukayeseli Hukuk ve AİHM’in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, 2007, s. 102-139.

DÖNMEZER, Sulhi, “Çocuk Düşürmenin ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 50, sayı 1-4, 1984, s. 4-9.

DUYMUŞ, Hande, “Çivi Yazılı Kanun Metinlerinde Kadınlara Ait Suç ve Cezalar”, Uluslararası – Disiplinlerarası Kadın Çalışmaları Kongresi, Kongre Bildirileri 3. Cilt, Sakarya Üniversitesi Basımevi, Sakarya, 2009, s. 79.

EKŞİ, Ahmet, İslam Tıp Hukuku, 1. Basım, Ensar Neşriyat, İstanbul, Aralık 2011, s. 129-136.

EKŞİ, Ahmet, “İslam Hukukunda Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, Tıp Hukuku Dergisi, Sayı 2, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2012, s. 124-131.

EKŞİ, Ahmet, “Ailede Hayata Saygı Bağlamında Kürtaj Meselesi”, Uluslararası Aile Konferansı, 1. Baskı, Editör İlhan Yıldız, Ankara, SFN Televizyon Tanıtım Tasarım Yayıncılık Ltd. Şti., 2013, s. 315-317.

ERBAŞ, Rahime, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK m. 101)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 73, Sayı 1, 2015, s. 108-112.

ERTUĞRUL, Hüseyin, Çocuk Düşürtme Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ağustos 2016.

FEIKERT-AHALT, Clare, “Great Britain”, Abortion Legislation in Europe, The Law Library of Congress Global Legal Research Center, Ocak 2015, s. 15.

FEIKERT-AHALT, Clare, “Ireland”, Abortion Legislation in Europe, The Law Library of Congress Global Legal Research Center, Ocak 2015, s. 19-20.

FIGUEROA, Dante, “Italy”, Abortion Legislation in Europe, The Law Library of Congress Global Legal Research Center, Ocak 2015, s. 21-22.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2013.

GÜLŞEN, Recep, “Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara, 2008, s. 1219.

GÜNEY TUNALI, Işıl, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Hekimlerin, Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2015.

HAFIZOĞULLARI, Zeki; ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, Şubat 2013.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2015.

İÇEL, Kayıhan; ÜNVER, Yener; HAKERİ, Hakan, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları, 8. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ağustos 2012.

IMLER, Dr. Philip B.; WILBANKS, David, The Essential Guide to Getting Pregnant, 11 Şubat 2011.

KESKİN KIZIROĞLU, Serap, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, Cilt 19, Sayı 2, s. 166-183.

KİTAPÇIOĞLU, Tülay, “Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, Sayı 1, 2012, s. 298-329.

KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2017.

KORF, Douwee, Yaşam Hakkı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No 8, çevirenler Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, 1. Baskı, Belçika, Kasım 2016.

MERAN, Necati, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2008.

MTAWALI, Grace; PINA, Manuel; ANGLE, Marcia; MURPHY, Catherine, The Menstrual Cycle and Its Relation to Contraceptive Methods, Prime Yayıncılık, 1997.

OKTAR, Salih, Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları (TCK. m. 99-100), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, Kasım 2016.

ÖZBEK, Veli Özer; KANBUR, Mehmet Nihat; DOĞAN, Koray; BACAKSIZ Pınar; TEPE, İlker, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2013.

ÖZÖN, Mustafa Nihat, Osmanlıca Türkçe Sözlük, 11. Basım, İnkılap Kitabevi, İstanbul, Kasım 2012.

ÖZSUNAY, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, Filiz Kitabevi, Garanti Matbaası, İstanbul – Beyazıt, 1970.

PADUBİDRİ, V.G.; DAFTARY, Shirish N., Shaw's Textbook of Gynecology, 16. Baskı, Reed Elsevier India Private Limited yayıncılık, Kasım 2014.

PARLAR, Ali; HATİPOĞLU, Muzaffer, 5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Ağır Ceza Davaları, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, Ocak 2009.

SANCAR, Türkan Yalçın, Türk Ceza Hukukunda Kadın, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2013.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara, 2012.

STEWART, Meghan, "Curbing Reliance On Abortion In Russia", Human Rights Brief 11, Sayı 2, 2004, s.51-54.

ŞİMŞEK, Fatma; EROĞLU, Haldun; DİNÇ, Güven, "Osmanlı İmparatorluğunda İskat-ı Cenin (Çocuk Düşürme)", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 2/6, 2009, s.595-606.

TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mehmet Ruhan; ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

TOSUN, Mebrure; YALVAÇ, Kadriye, Sumer Babil Assur Kanunları ve Ammi-Şaquda Fermanı, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1989.

TÜFEKÇİ, İbrahim, “İslam Hukukuna Göre Gebeliğin Sonlandırılması”, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt-Sayı 45, Eylül 2013, s. 113-127.

UDEH, Abdulkadir, Mukayeseli İslam Ceza (Suç) Hukuku – Özel Hükümler, çeviren Prof. Dr. Ali Şafak, 2. Baskı, Cilt 2, Kayıhan Yayınları, İstanbul, Temmuz 2012.

ÜNVER, Yener; HAKERİ, Hakan; YENERER ÇAKMUT, Özlem, Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2013.

YARSUVAT, Duygun, “Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 48-49, sayı 1-4, 1982-1983, s. 451-459.

YAVUZ, Cevdet, Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2008.

YILMAZ, Halil, “Cenini Öldürme (Çocuk Düşürtme/Düşürme) Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2, 2001, s. 74-88.

YURTCAN, Erdener, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, 1. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, Aralık, 1984.

ZEKİYYÜDDİN, Şa’ban, İslam Hukuk İlminin Esasları, çev. İbrahim Kafi Dönmez, 14. Baskı, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, Mart 2011.

ZELDIN, Wendy, “Germany”, Abortion Legislation in Europe, The Law Library of Congress Global Legal Research Center, Ocak 2015, s. 14.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/criminal_code_germany_en_1.pdf, German Criminal Code, çev. Michael BOHLANDER.

http://www.adaletbiz.com/images/dosyalarim/RLANDA_ANAYASASI.pdf/

<http://www.aihmiz.org.tr/>

https://www.amnestyusa.org/pdfs/Ireland_She_Is_Not_A_Criminal.pdf/

<http://www.arcc-cdac.ca/court-decisions-laws-abortion-canada.pdf>

http://www.columbia.edu/itc/history/degrazia/courseworks/legge_194.pdf

<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2013/act/35/enacted/en/pdf>

http://www.lawreform.vic.gov.au/sites/default/files/VLRC_Abortion_Report.pdf/

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/data.pdf>

<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>

http://www.megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller_pdf/Gebelik%20Ve%20Fet%20C3%BCs%20Fizyolojisi.pdf

<http://www.mevzuat.gov.tr/>

<https://srhr.org/abortion-policies/documents/countries/07-United-Kingdom-Offences-against-the-Person-Act-1861.pdf>

<https://www.tbmm.gov.tr/>

<http://www.tdk.gov.tr/>

<http://www.turkcerrahi.com/tip-sozlugu/>