

İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TÜRK CEZA KANUNUNDA
ÇOCUK DÜŞÜRTME VE ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇLARI
(TCK. m. 99-100)

DOKTORA TEZİ

Salih Oktar

1110112001

Anabilim Dalı: Hukuk

Program: Kamu Hukuku

Danışman: Prof. Dr. Durmuş Tezcan

Aralık 2013

TÜRK CEZA KANUNUNDA ÇOCUK DÜŞÜRTME VE DÜŞÜRME SUÇLARI

İçindekiler.....	I
Kısaltmalar.....	X
Türkçe Özet.....	XII
İngilizce Özet.....	XIV
Giriş.....	XVI

Birinci Bölüm

Genel Bilgiler – Tarihsel Gelişim - İnsan Hakları Hukuku - Karşılaştırmalı Hukuk

§1. GENEL BİLGİLER	1
A. Temel Kavramlar	1
I. Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme.....	1
II. Gebeliğin Sona Erdirilmesi	4
B. Ceninin Hukuki Statüsü ve Ceza Hukukunca Korunması.....	5
I. Ceninin Hukuki Statüsü	5
II. Ceninin Ceza Hukukunca Korunmasının Temeli.....	7
1. Suç ve Ceza Politikası.....	8
a) Genel Olarak.....	8
b) Çocuk Düşürmenin Suç Olmaktan Çıkarılması	9

c) Suç ve Ceza Politikasına İlişkin Taleplerin Dengelenmesi Görüşleri.....	15
aa) Süreye Bağlı Çözüm	15
bb) İndikasyona Bağlı Çözümler.....	16
aaa) Tıbbi Sebepler.....	16
bbb) Embriyopatolojik Sebepler	17
ccc) Hukuki - Ahlaki Sebepler	18
ddd) Sosyal - Ekonomik Sebepler.....	20
C. Konuya Değişik Açılardan Bakış.....	21
I. Nüfus Planlaması.....	22
1. Genel Olarak.....	22
2. Nüfusa İlişkin Görüşler.....	23
3. Dünya Nüfusu.....	26
4. Türkiye Nüfusu.....	27
a) Genel Olarak.....	27
b) Türkiye Nüfusuna İlişkin Veriler.....	28
c) Değerlendirme ve Görüşümüz.....	31
II. Teolojik Yaklaşım.....	32
1. Genel Olarak.....	32
2. Musevilik.....	33
3. Hıristiyanlık.....	34
4. İslamiyet.....	35
5. Hinduizm.....	38

6. Budizm.....	39
III. Ahlaki Yaklaşım.....	39
1. Genel Olarak.....	39
2. Mutlak Kuralcı Yaklaşım.....	41
3. Yararcı Yaklaşım.....	42
4. Erdem Ahlakı Yaklaşımı.....	43
5. Değerlendirme.....	43
IV. Tıbbi Yaklaşım.....	44
1. İsteyerek Gebeliğe Son Verme.....	44
2. İsteyerek Gebeliğe Son Verme Yöntemleri	45
V. Sosyal ve Ekonomik Yaklaşım.....	47
§2. TARİHSEL GELİŞİM	50
A. İlkel Ceza Hukuku.....	50
1. Çin Ceza Hukuku.....	51
2. Mısır Ceza Hukuku.....	51
3. Mezopotamya Uygarlıkları Ceza Hukuku.....	52
4. Eski Yunan Ceza Hukuku.....	55
5. Roma Ceza Hukuku.....	58
B. Ortaçağ Ceza Hukuku.....	60
I. Kanonik Ceza Hukuku.....	60
1. Katolik Kilisesi.....	60
2. Protestan Kilisesi.....	63
II. Cermen Ceza Hukuku.....	64

C. Yeni Zamanlar Ceza Hukuku	66
D. Modern Ceza Hukuku	69
§3. İNSAN HAKLARI HUKUKU	73
A. Uluslararası Sözleşmeler.....	73
1. Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri.....	73
1. Genel Olarak.....	73
2. Kadının Yaşam Hakkı.....	74
3. Kadının Sağlık Hakkı.....	75
4. Kadının Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı.....	79
5. Kadının Bilimsel Gelişmelerden Yararlanma Hakkı.....	83
6. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımında İnsan Haklarının ve İnsan Türünün Korunması Hakkında Antlaşma	84
II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	84
1. Genel Olarak.....	84
2. Kürtaj ve Yaşam Hakkı.....	84
3. İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele Yasağı.....	96
4. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması.....	97
5. Ayrımcılık Yasağı.....	98
6. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları.....	98
B. Uluslararası Bildirgeler.....	103
§4. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK.....	104
A. Genel Olarak.....	104
B. Anglo Sakson Hukuku	106

I. İngiliz Ceza Hukuku.....	106
II. İrlanda Ceza Hukuku	109
III. Amerikan Ceza Hukuku.....	111
IV. Kanada Ceza Hukuku.....	113
C. Kıta Avrupası Hukuku.....	115
I. Alman Ceza Hukuku.....	115
II. İsviçre Ceza Hukuku.....	117
III. Avusturya Ceza Hukuku.....	119
IV. Fransız Ceza Hukuku.....	121
V. İtalyan Ceza Hukuku.....	122
VI. Belçika Ceza Hukuku.....	122
VII. Hollanda Ceza Hukuku.....	125
VIII. Portekiz Ceza Hukuku.....	126
IX. İspanyol Ceza Hukuku.....	127
D. Orta ve Doğu Avrupa.....	128
I. Polonya Ceza Hukuku.....	128
II. Romanya Ceza Hukuku.....	129
III. Rusya Federasyonu Ceza Hukuku	130

İkinci Bölüm

Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları

§5. TARİHSEL GELİŞİM	131
A. Genel Olarak.....	131

B. Osmanlı Ceza Hukuku.....	131
I. İslam Ceza Hukuku Dönemi.....	131
II. 1858 Tarihli Ceza Kanunnamesi.....	135
C. Cumhuriyet Dönemi Ceza Hukuku	137
I. Genel Olarak.....	137
II. Yasak Dönemi (1923-1965).....	138
III. Geçiş Dönemi (1965-1983).....	144
IV. Sınırlı Serbesti Dönemi (1983'ten Günümüze).....	145
§6. ÇOCUK DÜŞÜRTME VE DÜŞÜRME SUÇLARI.....	147
A. Konuya İlişkin Yasal Düzenlemeler.....	147
I. Anayasal Temel.....	147
II. NPK ve İlgili Mevzuat.....	154
III. 5237 sayılı TCK.'da Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları.....	154
B. Çocuk Düşürtme Suçları.....	154
I. Yasal Düzenleme.....	154
1. Çocuk Düşürtme Suçlarının Türleri.....	155
2. Suçla Korunan Hukuki Yarar.....	156
a) Ceninin Yaşam Hakkı.....	157
b) Gebe Kadının Yaşamı, Vücut Bütünlüğü ve Sağlığı.....	158
c) Üreme Özgürlüğü.....	160
d) Aile Birliğine Ait Varlık.....	161
e) Milletın Nüfusa İlişkin Menfaatleri, Irkın Bütünlük ve Devamlılığının Korunması.....	161

f) Değerlendirme ve Görüşümüz.....	165
3. Fail.....	168
4. Suçun Maddi Konusu ve Mağdur.....	170
II. Maddi Unsur.....	173
1. Genel Olarak.....	173
2. Hareket.....	173
3. Netice.....	179
4. Nedensellik Bağı.....	182
III. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	184
1. Genel Olarak.....	184
2. Hukuka Uygunluk Sebepleri.....	184
a) İlgilinin Rızası.....	185
aa) Genel Olarak.....	185
bb) Çocuk Düşürtme Suçlarında Rıza.....	187
cc) Kadının Rızasıyla On Haftayı Aşmayan Gebeliğe Yetkili Hekim Tarafından Tıbbi Müdahaleyle Son Verme.....	189
dd) Varsayılan Rıza.....	193
ee) Velinin İzni; Vasinin ve Sulh Hakiminin İzni.....	193
ff) Rızayı Sakatlayan Sebepler.....	195
gg) Hekimin Aydınlatma Yükümü ve Rızaya İlişkin Hatası.....	197
b) Zorunluluk Hali.....	198
aa) On Haftayı Aşan Gebeliğe Tıbbi Zorunluluklarla Son Verme.....	199

bb) Acil Hallerde Gebeliğe Son Verme.....	200
IV. Manevi Unsur.....	201
V. Suçun Özel Görünüm Şekilleri.....	204
1. Teşebbüs.....	204
2. İştirak.....	207
3. İçtima.....	208
VI. Suça Tesir Eden Nedenler.....	213
1. Genel Olarak.....	213
2. Kadının Beden veya Ruh Sağlığı Bakımından Zarara Uğraması.....	213
3. Kadının Ölümü.....	214
4. Yetkisiz Kimse Tarafından İşlenmesi.....	215
5. Cezasızlık Nedeni (TCK m. 99/6).....	216
VII. Yaptırım.....	220
C. ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇU.....	221
I. Yasal Düzenleme.....	221
1. Suçla Korunan Hukuki Değer.....	223
2. Fail.....	224
3. Mağdur.....	225
II. Maddi Unsur.....	225
1. Genel Olarak.....	225
2. Hareket.....	226
3. Netice ve Nedensellik Bağı.....	226

III. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	226
IV. Manevi Unsur.....	227
V. Suçun Özel Görünüm Şekilleri.....	228
1. Teşebbüs.....	228
2. İştirak.....	228
3. İçtima.....	229
VI. Yaptırım.....	229
D. Benzer Suçlarla Karşılaştırma.....	230
1. Çocuk Öldürme Suçu (TCK. m. 82/ 1- e).....	230
2. Gebe Olduğu Bilinen Kadının Öldürülmesi Suçu (TCK.m.82/1-f)....	233
3. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Kasten Yaralama ve Taksirle Yaralama Suçları.....	235
4. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış İşkence Suçu (TCK. m. 95/1-e, 2-e)....	236
§7. CEZA YARGILAMASI HUKUKU.....	237
A. Soruşturma ve Kovuşturma Şartları.....	237
B. Görevli Mahkeme.....	238
C. Milletlerarası Ceza Hukuku.....	239
SONUÇ.....	241

Yararlanılan Kaynaklar

Kısaltmalar

AİHK	:Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AlmCK	:Alman Ceza Kanunu
App No.	:.Başvuru numarası
Auf	:Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AvCK	:Avusturya Ceza Kanunu
BCK	:Belçika Ceza Kanunu
Bkz	:Bakınız
BverfGE	:Alman Anayasa Mahkemesi Kararı
c	:Cümle
CCC	:Constitutio Criminalis Carolina
CD	:Ceza Dairesi
CEDAW	:Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Daire Sözleşme
CfRR	:Center for Reproductive Rights
Çev	:Çeviren
DEÜHFD	:Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİE	:Devlet İstatistik Enstitüsü
dn	:Dipnot
DSÖ	:Dünya Sağlık Örgütü

DStGB	: Alman Ceza Kanunu
f	:Fıkra
FrCK	:Fransız Ceza Kanunu
İsvCK	:İsviçre Ceza Kanunu
İtyCK	:İtalyan Ceza Kanunu
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Kn	:Kenar numarası,
Krş	:Karşılaştırınız
m	:Madde
NPK	:Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
PrsALR	:Prusya Genel Ülke Kanunu
RG	:Resmi Gazete
RGSt	:Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
StGB	:Strafgesetzbuch
TCK	:Türk Ceza Kanunu
TMK	:Türk Medeni Kanunu
TÜİK	:Türkiye İstatistik Kurumu
UNFPA	: Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu
v.	: Versus
vb	: Ve benzeri
vd	: Ve devamı
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

Üniversite : İstanbul Kültür Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı : Hukuk
Program : Kamu Hukuku
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Durmuş Tezcan
Tez Türü ve Tarihi : Doktora – Aralık 2013

Özet

5237 sayılı TCK, kişilere karşı suçlar kapsamında, çocuk düşürtme (m.99) ve çocuk düşürme (m.100) suçlarını tanımlamış ve ceza yaptırımına bağlamıştır. Diğer taraftan, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, kadının istemiyle on haftayı aşmayan gebeliğinin, tıbbi yolla sona erdirilmesine; yine süreye bağlı olmaksızın tıbbi zorunluluklarla gebeliğin sona erdirilmesine yasal olanak tanımıştır. Bunlara ilave olarak, 5237 sayılı TCK, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde yirmi haftayı aşmayan gebeliğin tıbbi yolla sona erdirilmesinin cezalandırılmayacağı hükmünü getirmiştir.

Kanun koyucu, çocuk düşürtme ve düşürme suçlarıyla, öncelikle ana rahmine yerleşmiş ceninin yaşam hakkını korumayı amaçlamıştır. Bununla beraber bu suçlarda, kadının vücut dokunulmazlığı, kendi kaderini tayin hakkı korunmaktadır. Cenin hukuki bir hak öznesidir. Fakat doğuncaya kadar kadından bağımsız değildir. Bu nedenle ceninin yaşam hakkıyla kadının vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf hakkı ve kendi geleceğini tayin hakkının çatışması söz konusu olmaktadır. Tarih boyunca ve tüm hukuk sistemlerinde, bir yanda

ceninin yaşam hakkı, diğer tarafta kadının gebelik ve anneliğe ilişkin tercihi arasında adil bir denge kurmak zorunluluğu ile karşılaşmıştır.

Çocuk düşürtme fiillerinin suç sayılması konusunda, Ceza Hukukunda görüş birliği bulunmasına karşılık, çocuk düşürme ve kadının istemiyle çocuk düşürtmesi fiillerinin suç sayılarak cezalandırılmasına ilişkin görüş ayrılığı ve tartışmalar günümüzde de sürmektedir. Bu fiillerin suç olmaktan çıkarılması yönünde güçlü bir eğilim bulunmakta ve oldukça haklı gerekçeler ileri sürülmektedir.

Bir taraftan insan türüne ait, ana rahminde gelişen ceninin yaşamı, diğer taraftan kadının tercihi arasında makul ve meşru sınırın çizilmesi çözümü zor bir sorun görünümü arz etmektedir. Gerek gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmesi, gerek bu fiillerin cezalandırılması son çare olarak görülmektedir.

Tezimde TCK'muzun çocuk düşürtme ve düşürme suçları ele alınarak incelenmiş; tarihsel gelişimi, insan hakları hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta bu suçlara ilişkin durum yansıtılmaya, TCK'muzun yürürlükteki hükümlerinin incelenip değerlendirilmeye, öğretilerdeki görüşler, sorunlara ilişkin çözüm önerileri irdelenerek, sonuçlara ulaşılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Çocuk düşürtme ve düşürme suçları, rızasız çocuk düşürtme suçu, rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu, ceninin yaşam hakkı, kadının üreme hakkı, kadının kendi kaderini tayin hakkı, güvenli ve yasal gebelik sonlandırma, Türk Ceza Kanunu m.99-100.

University : Istanbul Kultur University
Institute : Institute of Social Sciences
Department : Law
Programme : Public Law
Thesis Advisor : Prof. Dr. Durmuş Tezcan
Type and Date of Thesis : Ph. D – December 2013

Abstract

Turkish Penal Code no. 5237, defined the illegal abortion and abortion crimes (art. 99 and 100) within the scope of crimes committed against persons, and imposed penalties for those. On the other hand, Law Related to Family Planning no. 2827, legally allowed the medically termination of pregnancy not more than ten weeks upon the woman's request and termination of the pregnancy without time concern when required due to medical necessity. Additionally, Turkish Penal Code no. 5237 legislated the provision that pregnancy resulted due to a crime committed against the woman can be medically terminated if do not exceed twenty weeks, without any penalties imposed.

The legislator mainly aims at protecting the rights of the fetus implanted in the uterus with the crimes of illegal abortion and abortion. Along with this, woman's right of privacy for her body and her self determination right is protected with these crimes. Fetus is the subject of a legal right. However, it is

not independent from the woman until it is born. Therefore, there is a conflict between the fetus' right to life and woman's right of disposition on her physical integrity and her right of determination for her own future. Throughout history and among the whole judicial system, there has always been the challenge of fair balance between the fetus' right to live and woman's choice of pregnancy and motherhood.

The debates over illegal abortion and abortion upon the woman's request to be considered as a crime to be imposed a penalty currently continues although there is a consensus within the Penal Code related to the illegal abortion's being considered as a crime. There is a strong tendency for these actions' not to be considered as a crime and quite valid grounds are being proposed.

It poses a challenging problem for the solution of drawing a reasonable and legitimate line between the life of a fetus growing in the uterus, a living that belongs to humankind, and on the other hand, choice of the women. Permission for the termination of the pregnancy or the action's being imposed to a penalty is considered as the ultimate remedy.

In my thesis, Turkish Penal Code is examined in accordance with the illegal abortion and abortion crimes; it has been aimed to reflect the condition related to these crimes within the human rights law and comparative law, to assess the current provisions of Turkish Penal Code upon examination and to reach solutions by examining the solution suggestions related to the problems.

Key Words

Abortion offences, Offence of abortion without consent, Offence of abortion with consent, Miscarriage offence, fetus, right to life of fetus, reproductive rights of woman, self – determination of woman, safe and legal abortion, Turkish Criminal Code art. 99-100.

Giriş

Konu ve Amaç

5237 sayılı TCK. "Kişilere Karşı Suçlar" kısmında çocuk düşürtme (TCK. m.99) ve çocuk düşürme (TCK. m.100) suçlarını tanımlamış ve ceza yaptırımına bağlamıştır. Ceza Kanunumuzun bu suçlara ilişkin hükümlerinin incelenmesi, tez çalışmamın konusunu oluşturmaktadır.

Çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçları, özellikle yakın zamanda kürtaja ilişkin tartışmalarla güncel hale gelerek toplumun geniş kesimlerinin ilgi odağı olmuş; hukukçu çevrelerde de öteden beri süregelen tartışmalar yeniden canlanmıştır.

Konu, yürürlükteki mevzuat hükümlerinin hukuki değerlendirmesinin ötesinde sosyal, siyasal, ekonomik, dini, ahlaki ve diğer pek çok perspektiften tartışılmakta, geniş bir yelpazeye yayılan farklı görüşlerin tartışıldığı bir alan görünümü sunmaktadır.

Mülga 765 sayılı TCK.'nun bu suçlara ilişkin düzenlemesi 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK. ile de ana hatlarıyla korunmuştur. Yeni TCK. kısa süre önce yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, konu yeniden

tartışmaya açılmış, kamuoyunda bu hükümlerin değiştirilmesi yönünde bir irade ve hazırlık bulunduğu şeklinde değerlendirilmiştir.

765 sayılı mülga TCK.'nun 468 ila 472 maddelerinde düzenlenen çocuk düşürme ve düşürtme suçlarına ilişkin hükümler kaynak İtalyan Ceza Kanununun 381 ve izleyen maddelerinden alınmış, 1933, 1936, 1953, 1965 yıllarında ve son olarak 24.05.1983 tarih ve 2827 sayılı “Nüfus Planlaması Hakkında Kanun” ile değiştirilmiştir.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 5237 sayılı yeni TCK. ile yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK. 'nda değişiklik yapan hükümleri dışındaki diğer hükümleri halen yürürlüktedir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun 2. maddesinde; nüfus planlamasını, **fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları** şeklinde tanımlamıştır.

NPK.'nda gebeliğin önlenmesi ve gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin esasları düzenlenmiş, hukuka uygun surette gebeliğin sona erdirilmesinin şartları ve yöntemi belirlenmiştir.

NPK. 5. maddesinin 1. fıkrasında: **“Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir”** hükmü sevk edilmiştir. Aynı maddenin 2. ve 3. fıkralarında, gebelik süresi on haftadan fazla ise tıbbi gereklilikle rahmin tahliye edileceği düzenlenmiştir. Kanunun gebeliğin hukuka uygun sona erdirilmesine ilişkin bu düzenlemesi, **süre modeli ve tıbbi indikasyon modeli** şeklinde anılmaktadır¹. 5237 s.lı TCK.'nun bu suçlara ilişkin yeni düzenlemesinde kriminolojik indikasyon da eklemiş bulunmaktadır.

Ana rahmindeki çocuğun hukuki durumu ve ceza hukukunca hukuksal değer olarak korunması² gerekliliği ile bunun dayandırıldığı temeller, korumanın

¹ Önder, A., Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, 179; Yurtcan, E., Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, Yasal Kürtaj ve Sterilizasyon, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları, İstanbul 1990, 45.

² Ünver, Y., Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, 2003, 757.

kapsam ve şartları hakkında kamuoyuna yansıyan tartışmalar, konunun ne denli duyarlı, çok yönlü ve önemli olduğunu göstermektedir.

Tez çalışmamda, çocuk düşürtme suçu ve özellikle tartışmaların üzerinde yoğunlaştığı çocuk düşürme suçuna ilişkin suç ve ceza siyasetindeki görüşler, tarihsel gelişim, İnsan Hakları Hukuku ile karşılaştırmalı hukuktaki durum irdelenecek; ardından 5237 sayılı TCK.'nun bu suçlara ilişkin hükümleri korunan hukuksal değer, fail, suçun unsurları, suçun özel görünüm şekilleri, suçun nitelikli halleri, öğretideki görüşler ve uygulamada son derece sınırlı sayıdaki yargı kararları ışığında ele alınıp incelenecektir.

Doktora tez çalışmamın amacı; özellikle konuya ilişkin sorunların saptanması, doktrin ve yargı kararlarındaki konuya ilişkin görüş ve değerlendirmelerin açıklanması ve bu konuda düşüncelerimin sunulmasıdır.

Birinci Bölüm

Genel Bilgiler – Tarihsel Gelişim - İnsan Hakları Hukuku - Karşılaştırmalı Hukuk

Ş1. GENEL BİLGİLER

A) Temel Kavramlar

I. Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme

5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuz, 1926 t.li mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki gibi, inceleme konumuzu oluşturan suçları “**çocuk düşürtme**” (TCK. m.99) ve “**çocuk düşürme**” (TCK. m.100) şeklinde adlandırmıştır. Günlük dilde ve doktrinde geniş anlamda çocuk düşürme kavramı kullanılmaktadır³.

Bu suçlar bakımından “çocuk” kavramı cenini ifade eder. Cenin, **döllenen yumurtanın ana rahmine yerleşmesinden doğumuna kadar gelişim sürecindeki insan oluşumudur.**

Cenine ana rahmindeki gelişim evrelerine göre değişik adlar verilmekle beraber⁴, Ceza Kanunumuz bakımından bu durum önem taşımaz⁵. Ceza

³ Özgen, E., Çocuk Düşürme, Türk Hukuku ve Toplum Üzerine İncelemeler, Ankara 1974, 471.

⁴ Bkz. Görkey, Ş., Gebeliğin Sonlandırılmasında Karşılaşılan Etik Sorunlar, in Medikal Etik (Edit, Hüsrev Hatemi-Hanzade Doğan), İstanbul 2001, 86 vd.: Erkek ve kadın üreme hücrelerinin birleşmesi ile döllenme gerçekleşir ve zigotu oluşturarak hücre bölünmeleriyle çoğalıp fallop kanalından uterusu ulaşır. Uterusa ulaşan hücre kümesine blastocyte denir. Bu hücre kümesi, ikinci hafta sonunda rahim duvarına yerleşir ve bu aşamada sekizinci haftanın sonuna kadar embriyo diye adlandırılır. Dört ila sekizinci haftalar içinde organları gelişerek insan şekli belirmeye başlar ve sekizinci haftadan itibaren fetüs olarak adlandırılır. Döllenen yumurta ile doğum aşamasına gelmiş bebek arasında fark bulunmaktadır. Türk Hukuk Lügatında kendisine gebe kalan çocuk cenin olarak adlandırılmaktadır. Cenin, henüz anasının rahminde bulunan çocuk, “cem’i acinne” (acinna) dır. Annesinin rahminde kapalı bulunması itibariyle çocuğa cenin denilmiştir. Çünkü bunun maddesi örtünme ve gizlenme manalarına gelir. Azası kısmen teşekkül etmiş cenine “cenin-i gayri müstebin-il hilka” denir. Baş, tırnakları, tüyleri belli olan cenin tam-ül hilka hükmündedir. Henüz kendisine ruh nefhedilmemiş bulunan cenine “cenin-i gayr-i zihayat” denmiştir. Cenin-i müstebin-il hilka azası belirmiş olan cenin, cenin-i tam-il hilka azası teşekkül etmiş cenin, cenin-i zihayat anasının rahminde canlanmış olan cenindir ki, bunu düşürmek katli nefis gibi büyük suç sayılır, açıklaması yer almaktadır. Cenin, latince nasciturus, conceptus, partus (foetus), venter; almanca Leibesfrucht; fransızca enfant conçu; ingilizcede unborn child, child in womb, nasciturus terimleri ile ifade edilmektedir.

⁵ Özgen, 472.

Kanunumuz açısından önemli olan, **cenin vasfının başlangıcı ve sona ermesidir. Ceza Kanunumuzda bu konuya ilişkin açıklık yoktur**; buna ilişkin tespit doktrin ve içtihadı bırakılmıştır. Öğretide bu konuya ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür; fakat bu hükümlerin uygulaması az olduğundan, soruna çözüm getiren yargı kararı yoktur⁶.

Öğretideki hakim görüşe göre, döllenmiş yumurtanın ana rahmine yerleşmesiyle (nidasyon) gebelik ve gebelik mahsulü anlamında cenin niteliği başlar; sağ doğumla cenin niteliği sona erer, insan niteliğini kazanır⁷.

TCK. m. 6 hükmünde, ceza kanunları uygulamasında çocuk deyimini; **“henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi”** şeklinde tanımlamıştır. Ayrıca çocuk öldürme suçu, kasten insan öldürme suçunun nitelikli hali olarak cezalandırılmıştır (TCK. m.82/e). Gerek TCK.’nun çocuğa ilişkin genel tanımı, gerek çocuk öldürme suçunda “çocuk” kavramı, doğmuş çocuğu ifade etmektedir. Buna karşılık çocuk düşürtme ve düşürme suçlarında çocuk kavramı ana rahmine yerleşmiş, ancak henüz doğmamış çocuğu belirtmektedir⁸.

TCK., çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçları deyimini kullanarak suçları **failine ve işleniş şekline göre ayrı suç tipleri olarak düzenlemiş**; aralarındaki farkı **düşürtmek** ve **düşürmek** şeklinde belirtmiştir. Aynı zamanda, düşürtmek ve düşürmek terimleriyle **fiilin iradi olarak işlenmesi** gereği belirtilmiş; düşüğün kendiliğinden gerçekleşmesi veya istemeksizin gerçekleşmesi kapsam dışı bırakılmıştır⁹. Ayrıca, “çocuk düşürtme” ve “ çocuk

⁶ Bkz. Tezcan, D./Erdem, M.R./Önok, R.M., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. bası, İstanbul 2012, 307; Demirbaş, T., Yeni Doğmuş Çocuğun Öldürülmesi Suçu, Ankara 1992, 9; Özgen, 471.

⁷ Özgen, 472; Tezcan/Erdem/Önok, 307, 308; Keskin Kızıroğlu, S., Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, in Prof Dr. Nur Centel'e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, yıl 2013, c. 19, sy. 2, Özel Sayı, 172; Kurt, G., Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, İstanbul 2013, 75; Lüttger, H., Gebeliğin Önlenmesi ile Çocuk Düşürme Arasındaki Sınırı Tespitte Federal Almanya Ceza Hukukunda Yeni Problemler, (çev. Eralp Özgen) AHFD , c. 28, 1971, 11-4, 250.

⁸ Tezcan/Erdem/Önok, 307.

⁹ Krş. Baker , D. J., Glanville Williams Textbook of Criminal Law, London 2012, 3. Bası, 433, kn. 13-017.

düşürme” deyimi haksızlık değer yargısını da içermektedir. Bu itibarla, TCK.’da çocuk düşürtme veya çocuk düşürme, **ana rahmindeki ceninin doğal gelişimine müdahale edilerek, kasten ana rahminde öldürülmesi veya ceninin ölümüne sebebiyet vermek maksadıyla vaktinden evvel rahimden ihraç edilmesini** belirtir¹⁰.

Öğretide bu suçlar cenini öldürme, çocuk düşürme suçları şeklinde ifade edilmekte, kadının rızasıyla çocuğunu düşürtmesi karşılığı, çocuk aldırma ibaresi kullanılmaktadır¹¹.

Eski hukukumuzda çocuk düşürtme ve çocuk düşürme fiillerine iskat-ı cenin denilmiştir¹². Latince’nin bilim dili olarak kullanıldığı dönemde Batı’da bu suçlar, “abortus criminalis” deyimiyle ifade edilmiştir¹³. Almanca, Abtötung, Abtreibung, Schwangerschaftsabbruch¹⁴; İngilizce, abortion, miscarriage, feticide terimleri sözü geçen suçlar karşılığı kullanılmaktadır¹⁵.

Buna karşılık tıp sahasında genel olarak **düşük kavramı** kullanılmaktadır. DSÖ düşük (abortion) kavramını, **fetüsün uterus dışında yaşama yeteneği kazanmadan herhangi bir nedenle gebeliğin sona ermesi**

¹⁰ Krş. Baker , D. J., 433, kn. 13-017; Birch, D. vd., Blackstone’s Criminal Practice, (Edit. Murphy, P.), Oxford 2005, 165, kn. B1.61.

¹¹ Terim ve kavrama ilişkin açıklama için bkz. Yurtcan, 7 vd.; Cihan, E., Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Açısından Kişi ve Mala Karşı Cürümlerin 50 Yılı ve Geleceği, İHFM 1976 sy.1-4, Ord. Prof. Dr. Ernst Hirsch’e Armağan, Özel Sayı 1977, 180; Yılmaz, H., Cenini Öldürme (Çocuk Düşürtme/Düşürme) Suçu, Ankara Barosu Dergisi, 2001, 69 vd.; Dönmezer, S., Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. bası, İstanbul 2001, 200; Özgen, 471.

¹² Bkz. Akagündüz, A., Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Diyarbakır 1986, 864, 904; 1858 t.li Ceza Kanunname-i Hümayunu, Bab-ı Sani, Iskat-ı Cenin ve Karışık Meşrubat ve Kefilsiz Semmiyat Furuhat Edenlerin Mücezat-ı Müterettibesi başlıklı 2. fasıl, m. 192, 193; Karınabadizade, Ö. H., Miyar-ı Adalet, İslam Ceza Hukuku (Ukubat), 1. Kitap, “Iskat-ı Cenin hakkındadır” başlığını taşıyan 7. Fasıl, m. 133-138, İstanbul, 1301; Avcı, M., Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004, 145; Bilmen, Ö.N., “Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye” Kamusu, c.3, İstanbul 1951, 145.

¹³ Önder, A., Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Cürümler, İstanbul 1994, 179; Polat, O., Kriminal Abortus, İstanbul Barosu Panel Tebliği 2012; Çokar, M., Kürtaj, İstanbul 2008, 21.

¹⁴ AlmCK. § 218 vd.; İsvCK., m.118 vd.

¹⁵ Baker, 433; Birch vd, 165.

şeklinde kullanmakta ve sınıflandırmaktadır¹⁶. Adli tıp sahasında düşük; kendiliğinden düşük ve tahrikli düşük olarak iki gruba ayrılmakta, tahrikli düşük; kazai düşük, tıbbi çocuk düşürme ve suç teşkil eden çocuk düşürme alt gruplarına ayrılmaktadır. Yine suç teşkil eden çocuk düşürmeler, ilaçla veya mekanik vasıtalarla çocuk düşürmeler şeklinde taksim edilmektedir¹⁷.

II. Gebeliğin Sona Erdirilmesi

2827 sayılı Nüfus Planlaması Kanunu ve ilgili mevzuatta gebeliğin sona erdirilmesi kavramı kullanılmıştır.

Gebeliğin sona erdirilmesi, ana rahminde canlı, gelişimini sürdüren çocuğun anne ile yaşam bağının kopararak, cenini yaşatma amacı olmaksızın, müdahaleyle rahimden ihraç edilmesi anlamını taşımakla beraber; Nüfus Planlaması Kanunu ve ilgili mevzuatta bazı şartlarla gebeliğin sona erdirilmesine izin verilmiş, süreye ve kadının isteğine bağlı ve tıbbi zorunluluk sebepleriyle tıbbi yolla rahim tahliyesi düzenlenmiştir. Hukukun gebeliğin sona erdirilmesine izin verdiği hallerde fiil suç niteliği taşımamaktadır.

NPK.'daki anlamıyla gebeliğin sona erdirilmesi kavramı, çocuğun normal veya müdahaleyle doğumunu sağlamaya yönelik, çocuğu yaşatmak amacıyla gerçekleştirilen doğum, erken doğum, sezaryen gibi ameliyeleri içermez.

Günlük dilde ve literatürde konunun ifadesinde yaygın olarak kullanılan bir diğer terim de “kürtaj”dır. Fransızca kökenli tıbbi bir terim olan kürtaj

¹⁶ Görkey, 80; Çokar, 19; Gök, Ş., Adli Tıp, 5. Bası, İstanbul 1983, 309; Dünya Sağlık Örgütü bu kapsamda, kendiliğinden düşük “spontaneous abortion”–müdahaleyle düşük “provoked abortion”; istemli düşük “induced abortion”–istemli düşük “uninduced abortion”; sağlık kurallarına uygun güvenli düşük “safe abortion”–sağlık kurallarına uyulmaksızın yapılan güvensiz düşük “unsafe abortion”, düşük belirtilerinin varlığında “düşük tehdidi”, yaklaşan kesin bir düşük olgularında “abortus imminens”; yoluna girmiş düşük olgularında “abortus insipiens”; fetus ve eklentilerinin tümü düşmüşse tamamlanmış düşük “abortus kompletus” – fetus ve eklentilerinin bir kısmının henüz düşmemişse “abortus inkompletus”; rahim içinde fetusün ölmesi üzerinden uzun süre geçmesine rağmen düşmemişse gerçekleşmeyen düşük “missed abortion” tasnifi yapmaktadır.

¹⁷ Geniş açıklama için bkz. Gök, 309.

(küretaj), rahim içini kazıyarak cenini alma fiili olarak açıklanmaktadır¹⁸. Kürtaj, gebeliğin durdurulması, gebeliğe son verilmesi, rahim tahliyesi, çocuk düşürme terimleriyle eş anlamlı olarak kullanılmıştır¹⁹.

İnceleme konumuzu oluşturan suçları Ceza Kanunumuz faile ve işleniş biçimine göre “çocuk düşürtme” ve “çocuk düşürme” suç tipleri olarak düzenlemiştir. Gebe kadının rızasıyla bir başkası marifetiyle çocuğunu düşürtmesi, gebe kadın cephesinden öğretide çocuk aldırma şeklinde ifade edilmiştir. Öte yandan NPK. hükümlerinde, gebeliğin sona erdirilmesi ve rahim tahliyesi kavramları kullanılmaktadır. Öğretide bu kavramlar karşılığı, gebeliğin durdurulması, gebeliğin sonlandırılması, gebeliğin kesintiye uğratılması, günlük dilde yaygın olarak kullanılan kürtaj ifadelerine başvurulmaktadır. Bu durum yasa ve öğretide terim birliğinin olmadığı şeklinde değerlendirmelere konu edilmiştir.

Çalışmamda gerekli olmadıkça yasal terimlerden uzaklaşmamaya gayret sarf edilmiştir.

B) Ceninin Hukuki Statüsü ve Ceza Hukukunca Korunması

I. Ceninin Hukuki Statüsü

Cenin kavramı mevzuatımızda tanımlanmamakla beraber, hukuki koruma sağlanmıştır²⁰.

¹⁸ Bkz. Türkçe Sözlük, TDK., 2005; Yurtcan, Önsöz; Krş. Erem, F., Hümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, c. IV, 3. B., Ankara 1985, 479: Kürtaj sözcüğü, eskiden küret denilen bir aletle rahim cidarları kazınarak çocuk alındığı için ve bu ameliye kazımak (cürettage) anlamına geldiğinden, bu alete izafeten kullanılmıştır. Fakat şimdi, bu usul terk edildi, daha ilerlemiş, daha az tehlikeli usuller bulunmaktadır. Kürtaj deyimi, kürete deyimi, kürete etmekten (kazımdan) gelmekte ise de, gebeliğe son verisi tıbbi başkaca yollarda vardır, “vakum aspirasyon”, “Histeretomi” “su kesesine (veya vücuda) bazı ilaçlar uygulamak” gibi.

¹⁹ Yurtcan, Önsöz; Dönmezer, 200; krş. Dönmez, B., TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu, Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması, DEÜHFD, c.9, sy. 2, 2007, 104.

²⁰ Bazı hukuk düzenlerinde “embriyo ve cenin” tanımlanmıştır. Örneğin, Alman hukukunda 13 Aralık 1990 tarihli Embryonun Korunması Hakkında Kanun (Embryonenschutzgesetz § 8 (1); Bkz. Özsunay, E., Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ulusal Hukuk Düzenlerinde Embriyo ve Cenin'in Hukuksal Durumu ve Korunması, in Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, İstanbul 2011, 130.

22 Kasım 2001 tarihli 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, kaynak İsviçre Medeni Kanunu'ndaki gibi, cenin kavramını tanımlamamış, fakat hukuki koruma sağlamıştır. TMK.'nun m.28 hükmüne göre, "kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar. Çocuk, hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder".

Türk hukukunda hak ehliyetine sahip olabilmek için çocuğun ana rahmine düşmesi yeterli görülmüş; kişiliğin başlangıcı ise, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğması koşuluna bağlanmıştır²¹.

Ana rahmindeki cenin hem anasının bedenine ait bir parçadır, hem de dölllenme anından itibaren "hak sujesi"dir. Sağ doğmak koşuluyla hak ehliyetine sahiptir. Cenin kadının bedensel bütünlüğünün parçası olarak, ananın kişilik hakkı alanına dahil, aynı zamanda babanın kişilik hakkı alanına aittir. Bu itibarla cenin bağımsız bir hak sujesi olarak hukukun koruması altında olduğu gibi, anasının ve babasının kişilik haklarına ait bir değer olarak da hukuken korunmaktadır.

Medeni hukukumuzda cenin haksız fiillere karşı korunmuştur. Cenin haksız fiilden zarar görmüşse, faile karşı dava açma imkanına sahiptir²².

Cenine karşı ebeveynin özen yükümlülüğü kabul edilmektedir. Bu nedenle ana-babanın cenini zarar görmesine yol açacak davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür (TMK. m.339 vd.).

Çoğu kez, Medeni Hukukta da gebeliğin sona erdirilmesi bakımından ana ile ceninin yararları arasında yararların çatışması söz konusudur²³. Ülkeler genellikle gebeliğin belli süre içinde (oniki hafta) ananın haklarına üstünlük

²¹ Fransız ve Belçika hukukunda hak ehliyetinden yararlanmak için doğan çocuğun "yaşama yeteneğine" sahip olması aranmıştır. Bkz. Özsunay, 130.

²² Ceninin, başkalarının veya anasının haksız fiillerine karşı korunmasına ilişkin yabancı ülke mahkemelerinin içtihatları örnek teşkil etmektedir. Kanada Yüksek Mahkemesi, 1999 tarihli Dobsen ve Dobsen kararında, ananın kusurlu araç kullanması sonucu trafik kazasında ceninin yaralanması nedeniyle cenine kayyum vasıtasıyla dava hakkı tanımıştır. Benzer kararlar için bkz. Özsunay, 135.

²³ Özsunay, 136.

tanımakta, istem üzerine gebeliği sona erdirmeye yasal izin vermektedir²⁴. Buna karşın babanın, kadının gebeliğini rızasıyla sona erdirmeye kararını engelleme yetkisinin bulunmadığı yönünde hukuki gelişme gözlenmektedir²⁵.

II. Ceninin Ceza Hukukunca Korunmasının Temeli

Gebe kadının rızası olmaksızın çocuğunun düşürtülmesinin suç sayılmasında görüş birliği mevcuttur. Ancak, suçla korunan hukuki değer ve kanundaki yeri konusunda farklı düşünceler bulunmaktadır. TCK.'da bu suçlar kişilere karşı işlenen suçlar kapsamında düzenlenmesine karşılık, bu fiillerin aile nizamına ve genel ahlaka karşı işlenen suçlardan sayılması gerektiği yolunda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir²⁶.

Çocuk düşürtme ve düşürme fiillerinin suç sayılmasının temelini, kanun koyucu tarafından ana rahmindeki gelişim halindeki ceninin ceza hukukunca korunması gereken hukuksal bir değer sayılması oluşturur. Çocuk düşürtme suçunda, gebe kadının vücut bütünlüğü ve sağlığı da bu suçta korunan bir diğer hukuki yarardır. Yine, Anayasa'da güvence altına alınmış kişilik hak ve özgürlüğünün bir uzantısı olarak soyunu sürdürme hakkı bu suçlarla ihlal edilmektedir.

Buna karşılık, gebe kadının bizzat kendisinin çocuğunu kasten düşürmesi veya rızasıyla bir başkasına düşürtmesi, kısaca kasti çocuk düşürme ve rızalı çocuk düşürtmelerde ise çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Cenine sağlanan ceza hukuku korumasının kayıtsız şartsız olması gerektiği, gebe kadının kasten çocuğunu düşürmesi veya rızasıyla çocuğunu düşürtmesi fiillerinin istisnasız

²⁴ Özsunay, 136.

²⁵ Kanada Mahkemeleri Murphy v. Dodd ile Diamond v. Hirsch kararlarında; birlikte yaşadıkları kız arkadaşlarının istemleriyle gebeliklerine son vermelerine engel olmak için "tedbir" verilmesini talep eden erkeklerin bu istemleri reddedilmiştir. Benzer olayda, 31 Ekim 1981 tarihinde Fransız Danıştay'ı, gebeliğe son verme kararının kadına ait bir hak olduğu, kocanın veya kadının erkek arkadaşının gebeliğe son verme veya gebeliğin sona erdirilmesine engel olma hakkının olmadığı, erkeğin itirazına rağmen gebeliğe son veren hastaneyi dava eden kişinin davasını reddetmiştir. Bkz. Özsunay, 139; Ayrıca bkz. aşağıda AİHM kararları.

²⁶ Önder, 174 vd.; Özgen, 472; Eser / Koch, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil 3, Baden Baden 1999, 103-106.

olarak suç sayılması ve cezalandırılması gerektiği savunulmaktadır. Buna karşılık, çocuk düşürme fiillerinin suç olmaktan çıkarılması yönünde Türk Ceza Hukuku öğretisinde hakim görüş olarak savunulmaktadır²⁷.

Aşağıda çocuk düşürme ve düşürtme suçları bakımından ileri sürülen suç ve ceza politikalarına ilişkin yaklaşımlara değinilecektir.

1. Suç ve Ceza Politikası

a) Genel Olarak

Tarihsel gelişim sürecinde ve günümüzde, çocuk düşürtme ve düşürme fiillerine ilişkin suç politikalarında büyük görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bir tarafta çocuk düşürtme ve düşürme fiillerini, kasten masum ve korumasız bir insan yaşamını katletmek olarak değerlendiren görüş yer almaktadır. Bu görüşe göre, ana rahminde döllemeden itibaren gelişen insan yaşamına mutlak bir ceza hukuku koruması sağlanmalıdır. Kadının iradesi hukuki bir kıymet taşımaz. Bu itibarla kadının rızasıyla ya da rızası olmaksızın veya bizzat kadın tarafından işlendiğinde dahi bu fiiller suç sayılmalı ve en ağır şekilde cezalandırılmalıdır. Kadın istemese dahi gebeliğini sürdürmek ve doğurmak zorundadır. Bunun aksine davranış, yasağın ihlali, çocuk düşürme ve düşürtme suçunu oluşturur. Bu görüş eleştirilmiştir²⁸.

Diğer tarafta ise, kadının bedeninin kendisine ait olduğu savunulmaktadır. Bu görüş, kural olarak gebelik mahsulünün hukuki değer taşıdığı ve korunması gerektiğini kabul etmekle beraber, kadının kendi geleceğini belirleme hakkının daima, ceninin yaşam hakkından üstün bir değer taşıdığı kanaatindedir. "Bedenim bana aittir" ifadesinin hukuki karşılığı, kadının gebe kalma, gebeliğini sürdürme veya sonlandırmaya karar verme hakkına dayanır. Dini inançlardan kaynaklanan ve devlet tarafından yaptırıma bağlanan doğurma zorunluluğu, muhatabı kadınların bilincinde haklılık temelinden yoksun görülmektedir.

²⁷ Suç olmaktan çıkarmaya ilişkin görüşler için bkz. aşağıda s.9 vd.

²⁸ Arzt/Weber, Strafrecht Besonderer Teil, Delikte Gegen die Person, 3. Auf.,Bielefeld 1988, 133, kn.336.

Yukarıda aktarılan her iki görüşün de doğal hukuka dayandığı ve gerekçeleri ileri sürdüğü açıktır. Bir yanda kadının vücut dokunulmazlığı ve irade serbestisi, diğer yanda ana karnında filizlenen insan yaşamına tanınan mutlak dokunulmazlık, doğal hukuktan kaynaklanmaktadır²⁹.

Cenin hukuksal değeri karşısında gebe kadının kendi kaderini tayin hakkına sınırsız öncelik ve üstünlük tanınır ve tabiatıyla doğru olarak nitelenir. Kişinin kendi kaderini tayin hakkı, devletin kadın istemediği halde gebeliğini sürdürme ve doğurma zorunluluğu getirilmesi; buna aykırı davranışın suç sayılması hukuki temelden yoksundur, kadının kendi kaderini tayin hakkına, özel yaşamının dokunulmazlığına, kendi bedeni ve üremesi konusunda serbestçe karar alma ve tasarrufta bulunma özgürlüğüne devletin keyfi bir müdahalesi ve kadının bu hak ve özgürlüklerinin tahribi olarak nitelenir.

Diğer taraftan, sosyal, ekonomik, kültürel temellerden, gerçekçi suç ve ceza politikası görüşlerinden hareketle, kadının istemiyle gebeliğini tıbbi yolla sona erdirmesine yasal olanak tanınması, çocuk düşürme ve rızalı çocuk düşürtmenin suç olmaktan çıkarılması gerektiği ileri sürülmektedir.

Buna karşılık, suç politikasına ilişkin iki farklı yaklaşımı temsil eden görüşleri aşırı bulan, ceninin yaşam hakkının korunmasıyla beraber kadının kendi geleceğini belirleme hakkı arasında adil bir dengenin kurulması gerektiği yönünde çözüm önerileri ileri sürülmektedir. Burada, cenine sağlanacak hukuki koruma ile kadının kendi geleceğini tayin hakkı arasındaki sınırın tayini gerekmektedir.

b) Çocuk Düşürmenin Suç Olmaktan Çıkarılması

Çocuk düşürme ve rızalı çocuk düşürtme fiilleri suç olmaktan çıkarılmalıdır. Bu suçlar bakımından cezanın önleme fonksiyonu yoktur. Aksine, bu fiillerin suç sayılması kadını güvenli olmayan yasa dışı yollarla gebeliği sonlandırmaya yönlendirmekte, kadının hayatını ve sağlığını tehlikeye koymaktadır.

²⁹ Arzt/Weber, Strafrecht Besonderer Teil, Delikte Gegen die Person, 3. Auf., Bielefeld 1988, 133, kn.336.

Gerçekten, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun gerekçesinde, bu suçlara ilişkin ceza hükümlerinin suçu önleme etkisini yitirdiği, ülkemizde çok sayıda çocuk düşürme fiili işlendiği halde bunlardan tesadüfi birkaç tanesinin yargıya intikal ettiği, bu durumun adalet duygularıyla çeliştiği, toplumda çocuk düşürme fiilinin anlayışla karşılandığı, çocuk düşürmek isteyen kadının bunu rahatlıkla başardığı, bu bakımdan ceza yasasının genel ve özel önleme etkisinin bulunmadığı belirtilmektedir.

Öğretide Erem, çocuk düşürme suçları bakımından cezanın önleyici etkisinin bulunmadığı, rızaya dayalı çocuk düşürmenin sadece kanunda yasak olduğu, toplumda uyulmayan yasanın zamanın gerisinde kaldığını ileri sürmüştür³⁰.

Dönmezer'e göre, çocuk düşürme suçları kişinin cinselliği, hayat ve sıhhatiyle alakalıdır. Bu suçlar ahlaka ilişkindir, kamuoyunun ahlaki standartlar konusunda düşünceleri sürekli değişmektedir. Zamanın ihtiyaçlarının zorunlu kılmadığı suçların tasfiyesi gerekir. Ceza, sosyal savunmanın tek aracı değildir. Cezalandırmanın bir sınırı olduğu bilinmelidir. Çocuk düşürme suçları gerek sosyal yönden, gerek kamuoyundaki tepkileri bakımından suç olmaktan çıkarılmalıdır³¹.

Cihan'a göre; çocuk düşüren ve rızası ile çocuğunu aldirtan kadının ve hekimin cezalandırılmaması gerekir. Kanunun çocuk düşürmeyi, aldirmayı cezalandıran hükümleri, sadece yoksul çaresiz kadınlar aleyhine işlemektedir. Belirli imkanlara sahip gebe kadınlar, sıhhi şartlar içinde ve tam bir gizlilik altında hiçbir kovuşturmayaya uğramadan çocukların aldirabildikleri halde, yoksul kadınlar çaresizlik içinde kendileri bir şeyler yapmaya girişmekte, bu sebeple bazen hayatlarını kaybetmekte, bazen ise sakat kalmakta, ayrıca ceza kovuşturmasına hedef olmaktadır. Bu derece eşitliğe aykırı olan ve sadece yoksulun aleyhine işleyen bir kanun adil değildir. Bu itibarla bazı memleketler kanunlarının yaptığı gibi, çocuk aldirabilecek halleri belirlemek ve bu halleri

³⁰ Erem, 479, 481.

³¹ Dönmezer, S., Ceza Adaletinde Reform İlkeleri, Ceza Adalet Reformu İlkeleri Sempozyumu (24-26 Şubat 1972) Raporlar Tartışmalar, İstanbul, 1972, 18-19-21.

kadının hayatını tehlikeye sokmayacak bir gebelik devresi için kabul etmek daha yerinde olacaktır³².

Yurtcan'a göre, yılda yaklaşık beş yüz bin yasaya aykırı çocuk düşürme fiilinin işlendiği bir toplumda gerçekçi bir biçimde sorun ele alındığında, ceza hukukunun genel ve özel önleme işlevini gerçekleştiremediği kabul edilmelidir. Gerçekten, çok küçük sayıda olay ceza kovuşturmasına uğradığına göre, kişinin serbest iradesi ile başvuracağı çocuk düşürmelere izin vermek, bu tür fiilleri cezalandıran hükümleri yürürlükten kaldırmak gerekir³³.

Önder'e göre; gebeliğin sonlandırılmasının suç olmaktan çıkarılmasına ilişkin gerekçelerin temelinde değişik esaslar yer alır; ekonomik sistemin, ideolojik düşüncelerin, sanayileşmenin, ahlaki bakıştaki değişikliklerin, ülke nüfus hareketlerinin bu sebepler üzerinde etkili olduğu görülmektedir. Bunlar yanında gebeliğin ilk haftalarında yasal olarak gebeliğe son verme imkanının kabul edildiği hukuki bir gerçekliktir. Gebeliğin sonlandırılmasını suç olmaktan çıkarma lehindeki görüşlerin dayandırıldığı hususları kısaca belirtmek gerekirse; çocuk düşürme ve rızaya dayalı çocuk düşürtme suçlarında yaptırım ne kadar ağır olursa olsun, bu tür fiillerin işlenmesi önlenememiştir. **Yargıya intikal eden çocuk düşürme olayları, gerçekte işlenen bu fiillerin binde dördüdür. Bu suçlarda siyah sayılar oldukça yüksektir.** Alman, İsviçre, Türkiye adli istatistikleri karşılaştırıldığında; her yıl gerçekleştirilen çocuk düşürme ve rızai çocuk düşürtme fiillerine ilişkin gerçek rakamlarla yargıya intikal edip mahkumiyet kararı verilen sayılar arasında büyük fark vardır ve yargıya intikal eden olay sayısı son derece azdır. **Bu durum, adalet duygularıyla bağdaşmaz.** Cezanın **genel önleme etkisinin bulunmadığını** ortaya koyar. Öte yandan binde dört-beş oranında bu fiili işleyen cezalandırılmasında **cezanın özel önleme etkisi ve suç faillerinin ıslahından söz etmek de yersizdir.** Cezanın hiçbir önleyici niteliği bulunmayan bu fiiller, kanunlara karşı duyulması gereken saygıyı azalttığı gibi, bu fiilleri cezalandıran norm **sembolik bir ceza normu** görünümünde kalır. Yazara göre diğer yandan, dünya nüfusu

³² Cihan, 139.

³³ Yurtcan, 47.

hızla artmaktadır; eski dönemlerdeki savaş, salgın hastalık gibi nüfusta azalmaya yol açan etmenler günümüzde **güçler dengesi** ve tıp bilimindeki gelişmeler sebebiyle etkisini yitirmiştir. Bu durum hızlı nüfus artışını beraberinde getirmektedir. Günümüzde ülkeler nüfus artışını denetim altında tutmaya, stabil hale getirmeye çalışmaktadır.

Çocuk düşürme ve çocuk aldırma suç sayılınca bu fiil ilkel ve gizli yollarla işlenmekte, annenin hayatı ve sağlığı için ağır tehlike oluşturmaktadır. Gizli ve ilkel yollarla gebeliğin sona erdirilmesi nedeniyle anne ölümleri ve sağlığının zarar görmesi oranı çok yüksektir. İstatistikler bu oranın yüzde dört ve üzerinde olduğunu göstermektedir.

Ekonomik kalkınma, sağlıklı bir nesil ve nüfus artışının dengeli tutulması şartına bağlıdır. Gerçekçi nüfus planlamasının uygulanabilmesi için rıza ile gebeliğe tıbbi yolla son verilmesine yasal olanak tanınması, **bu fiillerin suç olmaktan çıkarılması zorunludur**. Gebeliğin rıza ile sona erdirilmesi sisteminin kabulü, bu tür fiillerin işlenmesinde artışa neden olmaz. Fiili suç olmaktan çıkarmak bu tür fiillerin işlenme sayısını artırmadığı gibi, gizli ve tıbbi denetimden uzak düşük sayısını azaltarak kadının hayat ve sağlığı korunmuş olur. Gebe kadın istediğinde gebeliğine son vermesi halinde, istenmeyen gebeliği sürdürmeye zorlanan ve istemeden çocuk sahibi olan kadının durumuna göre daha az fiziksel ve ruhsal etkiye maruz kalır. Gebeliğin sona erdirilmesinin kadın üzerinde olumsuz tesirler yaptığı gerçek ise de; kadın fiilinin suç olduğunu bilerek rıza gösterdiği halde üzerinde doğan etkiler ile gebeliği sona erdirmesinin suç oluşturmadığı bilinciyle bu fiilin işlenmesi halinde üzerinde oluşan etki son derece farklıdır. Kadın, hekim danışmanlığından yararlanarak rızasıyla çocuğunu düşürtürse, kadın üzerinde bunun yarattığı etkiler herhangi bir tıbbi müdahalenin etkisinden fazla olmaz. Embriyo döneminde kadına bağımlılık, üç aydan sonra fetüsün bağımlılığına nispetle daha azdır. Bu nedenle gebeliğin ilk üç ayı içinde sona erdirilmesi kadın üzerinde psikolojik olarak fazla olumsuz etki göstermez. Kadın fiilinin suç teşkil etmediği kanaatiyle ehil ellerde, tıbbi kurumlarda gebeliğini sona erdirdiği

takdirde, cinai kürtajın oluşturacağı psikolojik yıkımdan bahsetmeye imkan kalmaz³⁴.

Sancar'a göre, çocuk düşürme ve aldırmayı suç sayan ceza kanunu hükümleri bu filleri önleyememiştir. Aksine binlerce kadının ölmesine, sakat kalmasına, hastalanmasına ve suçluluk duygusu içine düşmesine yol açmıştır. Kürtajın yasaklanması, fakat uygulanmasına göz yumulmasının sonuçları ağırdır. Böylece zengin ve orta hallilerin kullanabileceği, yoksulların yararlanamayacağı bir doğum kontrol yöntemi ortaya çıkmıştır. Ya da yoksulların daha fazla çocuk edinerek daha da yoksullaşmasına ya da güvensiz ve ilkel yollara başvurarak sakat kalmalarına ve ölmelerine sebep olmuştur. Kürtajın 1983 tarihli NPK ile belli bir süreye kadar kadın için hak olarak kabulü, bu tablonun iyileşmesini sağlamıştır. Yazara göre kürtaj bir yandan kadının bedeni üzerinde tasarruf edebilmenin doğal sonucu olarak görülürken, diğer yandan "cinayet" olarak tanımlanabilmektedir. Kadınların çocuk doğurmaları çoğunlukla devlet politikası olarak dayatılır. Erkeklerin oluşturduğu bu politikada kadın cinsel objedir, kadının istekleri, bedeni dikkate alınmaz. Konu sadece kadının sağlığı açısından değil, bedenini kullanma hakkı açısından da önemlidir. Kürtaja karar vermek kadının hakkı olmalı ancak doğum kontrol yöntemi olarak görülmemeli ve kullanılmamalıdır. Ataerkil sistem kadını salt bedene indirger. Kadının yaratıcı özelliği, doğurganlık erkekler tarafından bastırılmaya, denetlenmeye çalışılır. Kadın, bedensel, ruhsal olarak sistem tarafından sınırlandırılmaktadır. Bu anlayışta kadınların asli görevi çocuk doğurmak ve çocuklara bakmaktır. Cinsiyet eşitsizliğinin toplumsal boyutu, kadının kendi bedeni, üremesi üzerinde denetim hakkı tanımaz, bu hakkı erkeklerin eline verir. Yetersiz ve güvensiz gebelikten korunma, yetiştirilme tarzı, bilgi eksikliği, toplumsal baskı, adetler, yoksulluk, zorla dayatılmış ekonomik bağımlılık, cinsel güç kullanımına karşı yasaların yetersiz kalışı nedeniyle kadın, bedeninin cinsel kullanımını denetleyebilmede dezavantajlıdır. Kısaca, kadın gebe kalma koşullarını genellikle denetleyemez. Eşitsiz toplumda kadının kürtaj hakkı şarttır. Bu hakkın tanınmaması ve doğurmaya mecbur edilmesi, cinsiyet eşitsizliğinin bir görünümüdür. **Feminizm cinsiyetçi baskıyı sona erdirmeyi amaçlar.**

³⁴ Önder, 178, 179.

Kadını üremeye dair karar verme haklarından yoksun bırakmak, cinsiyetçi baskı biçimidir. Şu halde, **hem kürtaj karşıtı hem de feminist olunmaz**. Gebelik kadının bedeninde gerçekleşen doğal bir olaydır; onu sürdürmek de sonlandırmak da kadının iradesinde olmalıdır³⁵.

Kanaatimce, çocuk düşürtme suçlarında kadının anne olma hakkını, ihlal edilen hukuki yarar olarak kabul eden öğretilerdeki yazarlar örtülü olarak, çocuk düşürme fiillerinin suç olmaktan çıkarılması, kadının rızasıyla gebeliğinin tıbbi yolla sona erdirilmesine en azından belirli bir süreye kadar yasal izin verilmesi gerektiği görüşündedir. Nitekim Erman çocuk düşürtme suçlarında korunan hukuki yararın kadının ana olmak hakkının teşkil ettiğini, her hak gibi ana olmak hakkının da belli sınırlar içinde kullanılması gerektiğini belirtmektedir³⁶.

Suç olmaktan çıkarmaya ilişkin bu görüşler yanında, belli bir süreye kadar gebeliğe son vermeye; yine, sosyal veya ekonomik sebeplerle gebeliğe son vermeye yasal imkan tanınması hallerinde de görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Buna karşılık, sağlık nedenleriyle gebeliğe son vermede büyük bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır.

Ancak, kadının istenmeyen gebelikleri sürdürmeye zorlanamaması, kısaca gebe kadının otonomisi burada önemli bir yer tutar. Ceninin haklarıyla kadının haklarının yarışması ve aralarında adil bir dengenin kurulması amacıyla Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olma hakkını tanımış, süre esasına ve rızaya dayalı gebeliğe tıbbi yolla son verme, yine tıbbi zorunluluklar sebebiyle gebeliğe tıbbi yolla yasal olarak son verme imkanı tanımıştır.

Belirtilmelidir ki; kadının cenin üzerinde tasarruf serbestisi, yeni zorluklar yaratabilir. Gebelik sonlandırmalarının tamamen serbest bırakılması, bu alanda ticarileşmeye ve özgürlüğün daralmasına yol açabilir. İnsan cenini, ilaç

³⁵ Sancar, T. Y., Türk Ceza Hukukunda Kadın, Ankara 2013, 230, 231.

³⁶ Erman, S. /Özek, Ç., Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1994 189,190 kn.228-229; Hafızoğulları Z. / Özen, M., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 3. Basım, Ankara 2013, 141; Keskin Kızıroğlu,171.

araştırmalarında en ideal materyallerden biridir. Sanayi için cenin üreten ve satan kadın imajı korkutucudur.

Gebe kadının vücudu üzerindeki doğal hukuktan kaynaklanan hakimiyetinin sınırsız olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Bu itibarla ceninin yaşam hukuksal değeriyle, kadının yararları arasında dengenin kurulması zorunluluğu bulunmaktadır³⁷.

Gebeliğin sonlandırılması için gebe kadının yaşamı, sağlığı, çocuk sayısının sınırlandırılması gibi yararları ile ceninin yaşamı arasında ciddi çatışma mevcut ve muhtemel olabilir. Bu durum, klasik hukuka uygunluk sebepleri kapsamında olmasa bile, özellikle genişletilmiş zorunluluk hali olarak nitelenebilir. Zira ceza hukukunda eskiden beri, üstün yararın korunması hukuka uygunluk sebepleri kapsamında nazara alınmıştır. Çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarında belirli hallerin varlığı, özel hukuka uygunluk sebebi veya suç tipinin bir unsuru olarak bu suçların düzenlenmesinde göz önünde bulundurulmuştur.

c) Suç ve Ceza Politikasına İlişkin Taleplerin Dengelenmesi Görüşleri

aa) Süreye Bağlı Çözüm

Suç politikasına ilişkin taleplerin dengelenmesi ve üzerinde ciddi olarak müzakere yürütülebilecek çözümlerin getirilmesi, iki model üzerine inşa edilmektedir. İndikasyon modelinde özel olarak yasada düzenlenen veya içtihatla tespit edilen durumlarda da gebeliğin sonlandırılması imkanı tanınmakta; izin verilmekte veya en azından cezalandırılmamaktadır. Zira kadının yararlarına, ceninin yaşamı karşısında üstünlük tanınmakta veya en azından kadının bu yararlarından vazgeçmesi kendisinden beklenemeyecek kadar önemli sayılmaktadır.

Süre modelinde, gerektirici bazı sebeplerin varlığı aranmaksızın belli süre içinde gebeliği sonlandırmaya izin verilmektedir³⁸. Bu süre ülkelere göre on ila

³⁷ Arzt/Weber, 133-134, kn.339.

³⁸ Bkz. Schwarzenegger, C./ Heimgartner, S., Basler Kommentar, Strafrecht II, (Hrsg. Nigli, M.A./ Wipraechtger, H.), 2. Auf., Basel, 2007, 126; Önder, 180; Yurtcan, 54.

ondört hafta arasında değişmekle beraber, genellikle oniki haftalık sürenin tayin edildiği görülmektedir³⁹. Bu sürenin geçmesine rağmen zorunluluk sebeplerinin bulunabileceği nazara alınarak, süreye bağlı çözüm yanında indikasyon modeliyle desteklenmelidir. Genellikle bu durum, gebe kadının yasadışı ve sağlıksız gebelik sonlandıranlara başvurması tehlikesini kaldırmaktadır. Zira bu tehlikenin genişletilmiş indikasyon modeliyle de bertarafı mümkün olamamaktadır. Buna ilave olarak, süreye bağlı çözüm, olanakların eşitliğini sağlamaktadır.

Süreye bağlı çözümde, ceninin yaşamı hukuki bir değer sayılmakla beraber, daha üstün bir yarar lehine, bu değere ilişkin ceza koruması kaldırılmaktadır.

Hukukumuzda da NPK m. 5/1 hükmü ile, isteğe bağlı ve süre esasına dayalı olarak gebeliğin tıbbi yolla sonlandırılmasına yasal izin verilmektedir.

bb) İndikasyona Bağlı Çözümler

İndikasyon modelinde gebeliğin süresi önem taşımaz. İndikasyon sebeplerinin bulunması halinde gebeliğin yasal olarak sonlandırılmasına izin verilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta indikasyon modeli kapsamında tıbbi sebepler, cenindeki gelişim bozukluklarına dayanan sebepler, kriminolojik ahlaki sebepler, sosyo-ekonomik sebepler genellikle göz önünde bulundurulmaktadır⁴⁰.

aaa) Tıbbi Sebepler

Genellikle hukuk sistemleri, süre modelini kabul etsin ya da etmesin tıbbi sebeplere dayalı olarak gebeliğin sona erdirilmesini kabul etmektedir⁴¹. Kadının

³⁹ Önder, 180.

⁴⁰ Bkz. Arzt, G. / Weber, U. / Heinrich, B. / Hilgendorf, E., Strafrecht Besonderer Teil, Bielefeld, 2009, § 5, kn.1-15, 18.

⁴¹ Alman İmparatorluk Mahkemesi, 1927 yılında gebe kadının ölüm tehlikesi veya sağlığının ağır şekilde zarar görmesini bertaraf etmek amacıyla gebeliğin sonlandırılmasını hukuka uygun saymış ve ilk defa yasada yer almayan zaruret hali olarak tanımıştır. Yasada yer almayan zaruret hali daha sonra StGB §34'de düzenlenmiştir. Bu hukuka uygunluk sebebi gebeliğin sona erdirilmesinde tıbbi indikasyon olarak nitelendirilmiştir (RGSt 61, 244). Bkz. Maurach, R./ Schroeder, C./ Maiwald M., Strafrecht Besonderer Teil, Straftaten gegen Persönlichkeits- und

hayatı veya sağlığının korunması amacıyla gebeliğin süresine bakılmaksızın tıbbi yolla gebeliğin sona erdirilmesine yasal izin verilmektedir⁴². Kadının hayatı ve sağlığı bakımından zorunluluk sebepleri bazı ölkelerde son derece dar, bazı ölkelerde ise oldukça geniş yorumlanmakta, gebeliğini sürdürölmesi kadının ruh sağlığı bakımından olumsuz etkiler yaratma olasılığına dayanarak, gebeliğin tıbbi yolla sona erdirilmesine yasal izin verilmektedir. Hatta bazı ölkelerde sosyo ekonomik indikasyonlarla gebeliğin sonlandırılması kabul edilmediği halde, geniş bir biçimde anlaşılıp yorumlanan tıbbi indikasyonlar kapsamında bu sebepler göz önünde bulundurularak uygulamaya gidilmektedir. Hukuk sistemlerinin bu konuda kabul etmiş oldukları düzenlemelerde büyük ölçüde benzerlik görölmektedir⁴³.

Hukukumuzda da tıbbi zorunluluk sebepleriyle gebeliğin tıbbi yolla sona erdirilmesine izin verilmiřtir⁴⁴. Gebe kadının hayatı ve sağlığı bakımından tehlike ve tehdidin bertaraf edilmesi amacıyla kabul edilen bu sebepler, olağan tıbbi müdahale yoluyla giderilebilecek türden olması veya acil bir müdahaleyi gerektirmesine göre düzenlenmiştir(NPK m. 5/2 vd). Acil müdahale hallerinde müdahaleyi gerçekteştiren hekimin yetkili makamlara durumu bildirme yükümlölüğü getirilmiştir.

bbb) Embriyopatolojik Sebepler

Dünyada birçok ölkede hukukunda, doğacak çocuk ve izleyen kuşaklar bakımından ağır sakatlığa neden olacak durumlarda da gebeliğin tıbbi yolla sona erdirilmesine yasal olanak tanınmıştır. Bu kapsamda cenindeki gelişim bozuklukları genetik ve patolojik sebeplerle çocuğun hasta veya sakat doğma olasılığının göz önünde bulundurularak gebeliğin sona erdirilmesine olanak tanınmaktadır. Bu indikasyonların mutlaka kalıtsal nitelikli olması gerekmez.

Vermögenswerte, 10 Auf., Heidelberg 2009, 78, kn.12; nakleden Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 5, kn.5.

⁴² Önder, 182; Yurtcan, 21, 55; RErbGesG v. 14.7.1955/26.6.1935, nakleden Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, E., § 5, kn.8.

⁴³ Önder, 182.

⁴⁴ Bkz. Önder, 181, 182; krş. Schwarzenegger/ Heimgartner, 129 vd.

Hukuken gebe kadından sakat ve hasta bir çocuğu dünyaya getirmesi beklenemeyeceğinden tıbbi yolla gebeliğin sona erdirilmesine yasal imkan tanınmaktadır⁴⁵.

Hukumumuzda, NPK m. 5/2'de; doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde süreyle bağlı olmaksızın gebeliğin sona erdirilmesine izin verilmiş bulunmaktadır.

Geçmişte Almanya'da öjenik sebepler ya da hijyenik sebepler adı altında ırkın arındırılması amacıyla 1930'lu yıllarda bu sistem uygulanmış ve bazı ceza hukukçularınca bu uygulama desteklenmiştir⁴⁶.

ccc) Hukuki - Ahlaki Sebepler

Hukuki - ahlaki sebepler ifadesiyle, gebeliğin hukuka ve ahlaka aykırı bir saldırı sonucunda oluştuğu talihsiz durumlar belirtilmektedir. Bu sebeplere kriminolojik, insani veya cinsel saldırı sebepleri de denilmektedir. Korunmaya muhtaç ve karşı koyamayacak durumdaki kişilerin cinsel suistimali suretiyle gerçekleştirilen saldırılar bu kapsamda değerlendirilir⁴⁷. Öğreti ve kanunlarda belirtilen bu sebepler değişik gerekçelerle kabul edilmiştir. Gebe kadının ahlaka veya hukuka aykırı bir saldırı sonucu oluşan gebeliğini sürdürmesi ve çocuğu dünyaya getirmesi kendinden beklenemez. Bu durum maruz kaldığı hukuka-ahlaka aykırı saldırıyı sürekli yaşaması anlamı taşır, kadın için işkence oluşturur. Kadının ruhsal sağlığının bozulmasına yol açar. Kadının mağduru olduğu saldırı sonucu meydana gelen gebelikte çocuğun dünyaya getirilmesi ona daima saldırıyı hatırlatacağından, çocuğa karşı şefkat, bakım ve gözetim

⁴⁵ Önder, 182; Yurtcan, 55.

⁴⁶ Önder, 181; Almanya'da Nasyonal Sosyalizm döneminde öjenik sebeplerin ırkın arileştirilmesi amacıyla kötüye kullanılması sebebiyle, 1945 sonrası suç politikası bakımından yoğun tartışmalara konu olmuştur. Geniş açıklama için blz. Arzt/Weber, 137, kn. 349; Maurach/Schröder/ Maiwald, 78, kn. 11.

⁴⁷ Önder, 181, 182.

göstermesi kendisinden beklenemeyeceği gibi, uğradığı haksızlığı çocuğa yansıtacağı belirtilmiştir⁴⁸.

Bu durum özellikle, tarihte savaş ve işgal dönemlerinde işgal kuvvetlerinin kadınlara karşı işledikleri yaygın ırza geçme sonucu oluşan gebeliklerde gündeme gelmiştir⁴⁹.

Tereddüt duyulan bir hal, eş tarafından gerçekleştirilen cinsel saldırılar gibi, diğer hukuka aykırı fiillerle oluşan gebeliklerin ahlaki sebeplerle sonlandırılabilip sonlandırılmayacağıdır. Ahlaki sebeplerle gebelik sonlandırılması Almanya'da 1974 yılında kabul edilmiş; ancak hukuk politikası bakımından oldukça tartışılmıştır. Büyük Ceza Hukuku Komisyonu daha 1959'da ahlaki sebeplerle gebelik sonlandırılmasına izin verilmesini önermiştir. Fakat hükümet aynı kanaatte olmadığı için, 1960-62 yıllarında yeni ceza kanununun tasarılarına ahlaki sebeplerle gebelik sonlandırmaya ilişkin hükümler alınmamıştır. Geniş bir biçimde yorumlanan ve uygulanan tıbbi sebeplerin, ahlaki sebeplerin yarattığı durumları da kapsayabileceği belirtilmiştir. Örneğin, gebelik kadın üzerinde ruhsal bir gerilim yaratmışsa, sağlığı açısından tehlike ve

⁴⁸ Arkan, H.N., Hürriyet 25.11.2013, "Yalvaç ilçesinde silah zoruyla kendisine tecavüz edip hamile bırakan N.G.'yi öldürdükten sonra başını kesip köy meydanına atan iki çocuk annesi 26 yaşındaki N.Y., mahkemede verdiği ifadede beş aylık çocuğunu doğurmak istemediği, ne olursa olsun kürtaj yapılsın dediği" aktarılmaktadır.; "Mahkemece hastaneye sevk edilerek muayene edilen N.Y.'nin 29 haftalık gebe olduğu belirlendi." www.haber3.com; erişim tarihi 25.11.2013; Tekin, A., Haber Türk, 25.11.2013, "Hamile kaldığımı anlayınca doktora gittim, bebek iki aylıktı. Kürtaj istedim, bunun için eşimin imzası gerekiyormuş, bebeği aldırmadım, çok çaresizdim. Kasım ayında doğum yapacağım, bir kez bile emzirmek istemiyorum. Bebeğe her baktığımda öldürdüğüm kişiyi yaşattığımı, halen beni takip ettiğini düşüneneğim. Doğar doğmaz devlet alsın.."; Hürriyet, 20 Kasım 2012, "Kürtaj talebi yasal süre aşıldığı için kabul edilmeyen N.Y.'nin, doğurduğu kız çocuğu Isparta Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü Çocuk Yuvası ekibine teslim edildi."

⁴⁹ Bu kapsamda savaş dönemlerinde işgal kuvvetlerinin kitlesel cinsel saldırılar sonucu oluşan gebeliklerin sona erdirilmesi örnekleri verilmektedir. 2. Dünya Savaşında Fransa'nın işgali sırasında, yine kızıl ordunun Almanya'yı işgali sırasında, yakın tarihte Sırp tarafında Bosna-Hersek'te işlenen kitlesel ırza geçmeler sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılması belirtilebilir. Krş. Maurach/ Schröder / Maiwald, 79.

hatta intihar tehlikesi oluştuyorsa, bu hal tıbbi sebepler kapsamında değerlendirmek gerekir denilmiştir⁵⁰.

Hukukumuzda TCK. m.99 son fıkrada; gebe kadının mağduru olduğu bir suç nedeniyle tıbbi yolla 20 haftayı aşmayan gebeliğinin sona erdirilmesi cezasızlık sebebi kabul edilmek suretiyle kriminolojik sebeplere dayalı olarak gebeliğin sona erdirilmesine imkan tanımış bulunmaktadır. Buna karşılık suç teşkil etmeyen veya kadının mağduru olmadığı hallerde keza sırf ahlaka aykırı fiiller neticesi ortaya çıkan gebeliklerin sona erdirilmesi hukukumuzda cezasızlık sebebi sayılmamıştır. Kanaatimce bunun nedeni, kadının isteğine bağlı olarak, on haftayı aşmayan gebeliğini tıbbi yolla sona erdirilmesine NPK.'nın izin vermiş olmasıdır.

ddd) Sosyal - Ekonomik Sebepler

Gebe kadının içinde bulunduğu somut yaşam koşulları göz önünde bulundurularak, kendisinden gebeliğini sürdürmesi ve çocuğunu dünyaya getirmesinin beklenemeyeceği durumlardır. Sosyo-ekonomik sebepler son derece geniş bir biçimde yorumlanmakta, gebe kadının somut yaşam koşullarına dayalı olarak gebeliğine yasal olarak son verilmesi olanağının kendisine tanınması gerektiği savunulmaktadır. Gebe kadın ve ailesi bakımından gebeliğini sürdürmesi ve yeni bir çocuğun aileye katılmasının ekonomik ve sair yükler getirmesi halleri sosyal indikasyon kapsamında nazara alınmaktadır⁵¹. Eşini kaybetmiş, çok çocuklu, hem çalışmak hem çocuklarına bakmak mecburiyetinde olan, ekonomik ve sosyal yönden mahrumiyet, darlık ve sıkıntılarla mücadele eden, kendisinin infak ve iaşesini temin edemeyen kadından, gebeliğini sürdürmesi ve çocuğunu dünyaya getirmesi beklenemez. Sosyal bir hukuk devletinde bu koşulların bulunamayacağı iddia edilebilirse de; maalesef günümüzde de sosyo-ekonomik sebeplerin tamamen ortadan kalktığı ileri sürülmesi gerçekçi bir yaklaşım değildir. Bu durum çoğu zaman, çocuğu büyütebilme olanağından yoksun annenin üzerinde yaratacağı bunalım

⁵⁰ Ayrıca bkz. aşağıda Karşılaştırmalı Hukuk-İrlanda Hukuku; geniş bilgi için bkz. Arzt/Weber, 137, kn. 350.

⁵¹ Önder, 180, 181.

ve kadının içinde bulunduğu somut şartlar sosyo-ekonomik sebepler olarak değil, tıbbi sebepler olarak karşımıza çıkar⁵². Sosyal indikasyonların kabulü esasen büyük ölçüde tartışmasızdır. Sosyal indikasyonlar, örtülü bir biçimde gebelik sonlandırmanın tümünden serbest bırakılması veya örtülü bir süreye bağlı çözüm olarak görülerek lehinde ve aleyhinde mücadele edilmektedir⁵³. Gerçekte, sosyal indikasyonların sınırlarının tam olarak çizilmesi çok zordur⁵⁴.

Hukukumuzda, süreye bağlı olarak gebeliğin sonlandırılmasına yasal imkan tanındığından, sosyo-ekonomik sebeplerle gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmemiştir. Bu süreden sonra kadının çocuğunu sosyal nedenlerle, örneğin kocasıyla yaşadığı geçimsizlik ve çocuğunu besleyememek endişesiyle düşürmesi halinde, Yüksek Mahkememizce cezanın tayininde hafifletici sebep olarak incelenmesi gerektiğine karar verilmiştir⁵⁵.

C) Konuya Değişik Açılardan Bakış

Genel olarak inceleme konumuza bakıldığında, çocuk düşürmenin nüfus, sosyal, ekonomik, kültürel, dini, ahlaki, tıbbi; toplumu, aileyi, bireyi, özellikle de kadını ve nihayet cenini ilgilendiren birçok yönü bulunmaktadır. Bunların her biri başlı başına araştırma konusu edilecek kadar geniş kapsamlıdır. Kısaca bu konulara değinilmesi konumuza bütünsel bir bakış sağlanması bakımından yararlı olacaktır.

⁵² Önder, 181.

⁵³ Almanya'da reform çalışmalarında, alternatif tasarıda (AE § 106) çoğunluğun önerdiği çözüm şekli süreye bağlı model iken, azınlığın önerdiği çözüm şekli genel bir hükümle sosyal indikasyonların kabulü yönünde olmuştur. Buna göre, gebe kadının yaşam koşullarının bütünü nazara alınarak, gebeliğin sürdürülmesi kendisinden beklenmiyorsa, gebeliği sonlandırmasına izin verilmelidir. Geniş bilgi için bkz. Arzt/Weber, 138, kn. 351. Ayrıca bu konuda bkz. Yurtcan, 20-21.

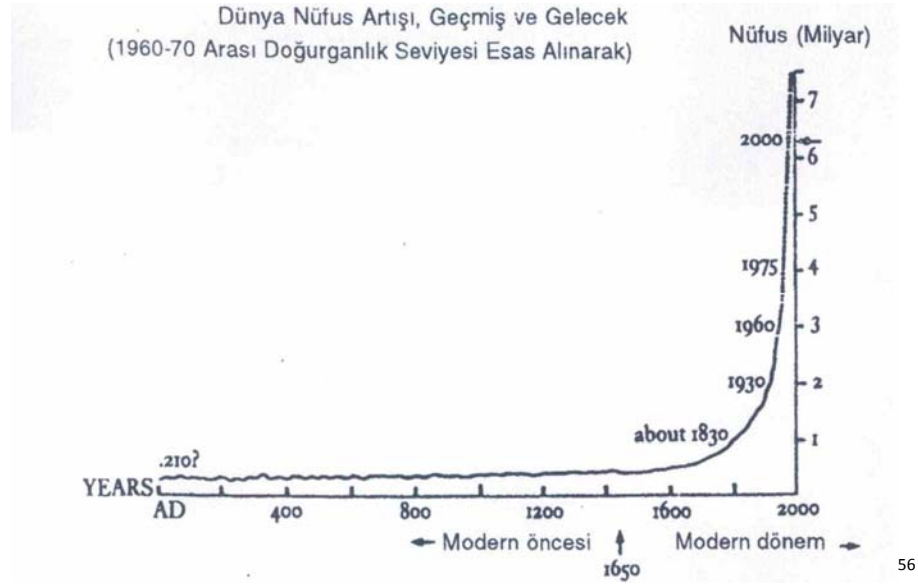
⁵⁴ Önder, 181.

⁵⁵ 4. CD. 17.1.1950, 15564/728, nakleden, Önder, 181.

I. Nüfus Planlaması

1. Genel Olarak

Ülkelerin sosyal, ekonomik ve siyasal gücünün insan kaynağını nüfus oluşturur. Tarihte nüfus dinamikleri önemli değişiklikler geçirmiş, 17. yüzyıla kadar yüksek doğum-ölüm nedeniyle nüfus sınırlı ölçüde artmış, dengesini korumuştur.



Modern zamanda tarım, sanayi, bilim, özellikle tıp sahasındaki ilerlemeler salgın hastalıkların etkisini azaltmış, gelişmiş toplumlarda ölüm oranı düşerken doğum oranı aynı kalmış, nüfusta hızlı artış görülmüş⁵⁷, nüfus baskısı kitlesel göçlere neden olmuştur. Nüfusun bilimsel incelenmesi, planlanması, politikaların oluşturulması bu döneme rastlar⁵⁸.

⁵⁶ Grafik için bkz. Omran, A.R., İslam Kültüründe Aile Planlaması, Ankara 1995, 76.

⁵⁷ Güneş, Hüseyin Hatimi, İktisat Tarihi Açısından Nüfus Teorileri ve Politikaları, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, sayı 28, 2009, 130.

⁵⁸ Demografi (nüfusbilim), nüfusun yapısını, durumunu, dinamik özelliklerini inceleyen bir bilim dalıdır. Nüfusun nitel ve nicel yönden tespitiyle formel demografi ilgilenir. Nüfustaki gelişim ve

2. Nüfusa İlişkin Görüşler

Aslında eski çağlardan beri düşünürler, din adamları ekonomistler, siyasetçiler nüfus sorunuyla ilgilenmişler, çeşitli görüşler ileri sürmüşlerdir⁵⁹.

Çin’de Konfüçyüs ve aynı dönem düşünürü Mo Tzu’ya göre, aşırı nüfus işgücü verimliliğini azaltır, yaşam standardını düşürür, toplumsal çatışmaya neden olur. Erken yaşta evlenmeye izin verilmesi, kısa sürede nüfusun katlanmasına ve kıtlığa yol açar. Nüfus artışı önlenerek, nüfus dengesi sağlanmalıdır. Eski Yunan’ da Platon ve Aristo’ ya göre, devletin ekonomik açıdan kendine yeterliliği ve yasal düzenin korunması için, ideal nüfusa sahip olması gerekir. Aile, işgücü ve nüfus dengesinin vasıtasıdır. Nüfus artışı, vatandaşları göçe zorlama, erken evliliği yasaklama, çocuk düşürmeye izin verme ve çocuk sayısını sınırlamayla önlenmeli; azalan nüfusa karşı zıt yönde önlemler alınmalıdır⁶⁰.

Orta Çağ sonrası Avrupa’ da kurulan devletleri güçlendirmeyi amaçlayan merkantilizm (15-18. yy), nüfus artışı politikaları gütmüştür. Nüfus ülkenin zenginlik kaynağıdır, üretimi ve refahı artırır, siyasal ve askeri gücünü oluşturur⁶¹. Merkantilizme tepki olarak gelişen fizyokrat akıma (18. yy) göre, ekonomik zenginliğin kaynağı tarımdır. Toprak nüfus dengesi, nüfus artışı denetlenerek korunmalıdır⁶².

değişimi, etkileşim ve ilişkileri, sebep ve sonuçlarını nüfus teorisi açıklar. Toplumun ihtiyaç ve kaynaklarıyla nüfusun dengelenmesi, toplumda ideal nüfusun oluşturulması, nüfus siyasetinin uğraş alanıdır. Nüfus siyaseti, ekonomi siyaseti ile sıkı ilişkisi bulunmakla beraber, onun sınırlarını aşarak genel siyaset içinde yer alır. Nüfus siyasetinin amacı, halkın içinde bulunduğu yaşam şartlarının iyileştirilmesidir. Bkz. Ozankaya, Ö., Toplumbilim, 10. basım, İstanbul 1999, 91; geniş bilgi için bkz. Gini, Corrado, Nüfus Siyasetinin İlmî Esasları, Ankara 1950, 1, 3.

⁵⁹ Okur, A.R. /Bayraktar, K., Doğum Kontrolünün Ortaya Koyduğu Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları, İstanbul Barosu Dergisi, 1969, Kasım-Aralık sayısı eki, 6.

⁶⁰ Güneş, 2009, 129; Çamurcu, H., Dünya Nüfus Artışı ve Getirdiği Sorunlar, Dünya Nüfus Artışı ve Getirdiği Sorunlar, www.sbe.balikesir.edu.tr/dergi/e-dergi/c8s13/makale/c8s13m9.pdf, 98 (erişim tarihi: 01.12.2013).

⁶¹ Okur/Bayraktar, 7 vd; Çokar, 39.

⁶² Güneş, 132.

Aydınlanma döneminde, kilise, aristokrasi ve monarşiye karşı sosyal reform talepleri yükselmiş, siyasal, sosyal, ekonomik, kültürel etkileşimi içinde nüfus sorunu incelenmiştir. Rousseau, Locke, William Godwin ve Condorcet, nüfusa ilişkin iyimser görüşler ileri sürmüşlerdir. İnsanın doğası iyidir; reform ve eğitimle barış, eşitlik ve esenlik içinde toplumsal yaşam mümkündür⁶³. Doğa insana sınırsız kaynaklar sunmuştur. İnsanlar akli kendilerine rehber aldıklarında, bilgi ve teknolojik ilerlemeyle refah içinde yaşayabilirler, nüfus baskısı oluşmaz. Nüfus baskısı, doğanın insanın ihtiyaçlarını karşılamamasından değil, yönetimlerin yanlış politikalarından kaynaklanır⁶⁴. Tarımsal verim artarken, doğum oranı azalacak; böylece, nüfus dengelenecektir. Nüfus artışı refah oluşumunu engellemez; nüfusla beraber artan insan bilgisi, geçimi sağlayabilecek yeni yöntemler geliştirecek, önlemler alacaktır⁶⁵.

Klasik ekonominin kurucusu Adam Smith, nüfusla üretim arasında doğru orantılı bir bağ kurmuş, azalan verimler yasası olarak bilinen görüşlere dayanmıştır. Fazla işgücü arzının ücretleri düşüreceği, refahı azaltacağı, nüfus artışını durduracağı kanaatindedir⁶⁶.

Malthus'un nüfus teorisi⁶⁷, yalın olmakla beraber etkileri büyüktür. Malthus'e göre, nüfus geometrik diziyle arttığı halde, yeryüzünün geçim kaynakları aritmetik diziyle artar; nüfus serbestçe arttığında, 25 yılda katlanır. Bu durum, nüfusla, beslenme kaynakları arasındaki dengeyi bozar⁶⁸, önlemlerle

⁶³ Runkle, G., A History of Western Political Theory, New York 1968, 378 vd.; Güneş, 2009, 132,133.

⁶⁴ Güneş, 2009, 132.

⁶⁵ Güneş, 2009, 133.

⁶⁶ Güneş, 2009, 133.

⁶⁷ Malthus, Fransız Devriminin ve hazırlayan düşüncelerin İngiltere'yi etkilediği, tarıma dayalı feodal üretim tarzından sanayileşmeye geçiş sürecinde, 1798 yılında Toplumun Gelecekteki Gelişimine Etkileri Açısından Nüfus İlkesi Üzerine Bir Deneme'sini yayınlamıştır. Bkz. Malthus, Thomas; An Essay on the Principle of Population, London 1798; Runkle, 378 vd.

⁶⁸ Malthus, İngiltere Yoksullar Yasasına karşı çıkmış; "her ulusta halkın alt sınıfları arasında görülen yoksulluk ve sefaletin ve bunu hafifletmek için üst sınıflarca gösterilen çabaların boşa gitmesinin nedenlerini" ileri sürdüğü nüfus teorisiyle açıklamıştır. Malthus'e göre, İngiltere

nüfus artışı dengelenmelidir. Gebeliğin önlenmesi ve çocuk düşürme ahlaka aykırıdır; nüfus artışı evlilikten vazgeçme, evliliği geciktirme, cinsel perhizle önlenmelidir. Nüfus fazlası, sosyal çalkantılar, kıtlık, açlık, salgın hastalıkların sebebiyet verdiği ölümlerle, doğal yoldan sınırlanır. Nüfus artışı, işgücü arzını arttırdığı için ücretler asgari düzeye düşecek, işsizlik, yoksulluk, sefalet, hastalık ve ölümleri arttıracaktır. Yoksullara yardım bu durumu düzeltmez, aksine ağırlaştırır; yoksullara yardım yasası kaldırılmalıdır.

Malthus'un görüşleri ağır eleştiri ve tepki toplamıştır. Proudhon "yeryüzünde fazla olan bir tek kişi vardır, o da Malthus'dür" diyerek bu görüşlere karşı çıkmıştır⁶⁹. Malthus'e karşı ekonomi ve siyasette tam açıklığıyla sistemleştirilmiş doktrin sosyalizmdir. Nüfusun ekonomik durumla uyuşmamasının nedeni kapitalizmdir⁷⁰. Malthus'ün tavsiye ettiği önlemlerle nüfusun kontrolü vahşettir⁷¹. İnsanlığın elindeki üretici güç ölçüsüdür. Toprağın üretkenliği sermaye, emek ve bilimin uygulanmasıyla ad infinitum (sınırsızca) artırılabilir⁷². Sosyalistler, Malthus'un teorisini eleştirerek gerek dayanakları gerek sonuçları itibariyle kabul edilemez olduğunu, işçi sınıfının sefaletinin nüfus fazlalığından değil, üretimden aldığı payın az olmasından kaynaklandığını

Yoksullar Yasası "gıda ürünleri arttırılmaksızın nüfusu artırmak eğilimi gösterdiğinden yoksulların genel durumunu daha da kötüleştirecektir. Malthus, yoksulların yardım istemeye hiçbir "doğal hakları" yoktur, "daha şimdiden sahiplenilmiş bir dünyaya gözlerini açan adam, ana-babasından haklı olarak talep edebileceği geçim olanağı sağlanamıyorsa, toplum onun emeğini istemiyorsa yiyeceklerden en ufak bir pay isteme hakkının olduğunu öne süremez, hatta gerçekte onun bulunduğu yerde bir işi yoktur. Doğanın görkemli şöleninde ona boş yer yoktur. Doğa ona defolmasını söyler ve sofradaki bazı konukların acıma duygularını uyandıracak olursa kendi buyruğunu derhal yerine getirir." demektedir. Essay, 1. baskı, 83; Yazarın görüşlerini açıklayıcı bir anlam taşıyan bu pasaj, sonraki baskılarda çıkarılmıştır. Nakleden Marx , K./ Engels, F., Nüfus Sorunu ve Malthus (çev. Oya Yaylalı), Ankara 1976, 15.

⁶⁹ Proudhon, P.J., İktisadi Çelişkiler Sistemi ya da Sefaletin Felsefesi, İstanbul 2012, 349 vd.; Okur/Bayraktar, 8.

⁷⁰ Marx / Engels, 98 vd.

⁷¹ Okur/Bayraktar, 8.

⁷² Alison, A., The principles of population and their Connection with Human Happiness, Londra 1840, nakleden, Marx / Engels, 64.

belirtmişlerdir. Nüfus artışına rağmen kişi başına gelirden azalma değil artış olmuş, gelir artışına rağmen doğurganlık azalarak nüfus artışı yavaşlamıştır⁷³.

Malthus'ü izleyenler eleştiriler doğrultusunda bu görüşü çeşitli yönlerden tamamlamışlardır. Nüfus artışının gebeliğe karşı tedbir alınarak önleneyeği savunulmuştur. Günümüzde öjenik akım ve nüfusta ideal nokta görüşleri bu teoriyi geliştirmiştir. Öjenik akıma göre, hasta ve sakat kimseler kısırlaştırılmalıdır. İdeal nüfus teorisine göre ise, teori gelir dağılımına göre yeniden düzenlenmelidir. İdeal nüfus, kişi başına düşen gelire göre ölçülen yüksek hayat standardına göre saptanır⁷⁴. Kişi başına gelir maksimum olduğu zaman nüfus artışı kontrol altına alınmalı, gönüllü ve devlet destekli politikalarla doğum kontrolü sağlanmalı, aileler iki çocukla sınırlandırılmalıdır. Yeni Malthusçülük olarak adlandırılan bu görüşler günümüzde de etkilidir.

Ancak tarihsel süreçte klasik ve modern iktisatçılar, ekonomik yapı-nüfus arasındaki ilişkiyi toplumsal, coğrafi ve kültürel yapı, bilimsel ve teknolojik gelişim, dini inançlara bağlı olarak farklı teoriler geliştirmiş, yönetimler de günün şartlarına göre politikalar uygulamıştır. Klasik iktisatçılar üretimi emek, sermaye ve toprak ilişkisi içinde incelemiş; ulusal savunma kaygıları nüfus politikalarında etkili olmuştur. Günümüzde modern ekonomik akım, klasik görüşe nazaran, nüfus - ekonomik büyüme etkileşimine farklı yaklaşmakta; nüfusu insan kaynağı olarak bilimsel ve teknolojik ilerlemenin, ekonomik verimlilik ve büyümenin temeli olarak değerlendirmektedir.

3. Dünya Nüfusu

Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu (UNFPA) 2013 rakamlarına göre, dünyada 7.2 milyar insan yaşamaktadır⁷⁵.

Günümüzde, gelişmiş ülkelere oranla az gelişmiş ülkelerin nüfus artışı fazladır⁷⁶.

⁷³ Gürtan, K. Türkiye'de Nüfus Problemi ve İktisadi Kalkınma ile İlgisi, İstanbul, 1966, 6.

⁷⁴ Okur/Bayraktar, 7.

⁷⁵ www.unfpa.org, erişim tarihi 27.06.2013.

Dünya nüfusunun %60'ı Çin ve Hindistan'da yaşamaktadır. Asya kıtası en fazla nüfusa sahiptir. Çin 1.299 milyon, Hindistan 1.065 milyon, ABD 293 milyon nüfusla ilk üç sırayı teşkil eden ülkelerdir.

2012 yılı nüfus göstergelerine göre, nüfusun cinsiyete göre oranı bir kadına karşılık 1,01 erkek şeklindedir. Nüfustaki cinsiyetler arası dengenin bozulmasında Çin ve Hindistan'daki erkek nüfus fazlalığı etkilidir.

Dünya nüfusunun yaklaşık %26,3'ü 15 yaşından aşağı; %65,9'u 15 ila 64 yaş arasında; % 7,9'u ise 65 yaş ve üstüdür. Dünya nüfusunun 50,5'i orta yaş kabul edilen 30 yaşın altındadır. Ortalama yaşam süresi kadında 69, erkekte 65 olup; ortalama 67,07 yaş olarak hesaplanmaktadır. 2010 yılı itibariyle dünyada kadın başına doğurganlık oranı 2,52'dir.

2011 yılı dünya toplam üretimi 69,11 trilyon olup, kişi başına 9.900 USD gelir hesap edilmektedir. Dünya nüfusunun %18,4'üne tekabül eden 1,29 milyar insan, günde 1,25 USD' dan daha az bir gelire yaşamını sürdürmekte, %13,2'ye tekabül eden 925 milyon insan yetersiz beslenmektedir. Dünya ülkeleri, gelir dağılımındaki adaletsizlik ve beraberinde getirdiği açlık, yoksulluk ve sefalet sorununu hala çözümlenememiş değildir.

Nüfus artışının sosyal, ekonomik gelişmelerin engeli olarak görülmeye başlanmasıyla, ülke kaynaklarıyla nüfus artışını dengelemek için nüfus ve aile planlamasına gidilmiştir.

4. Türkiye Nüfusu

a) Genel Olarak

Ülkemizde nüfusa ilişkin değerlendirmelerde iki farklı yaklaşım görülmektedir. Geleneksel yaklaşım, nüfus artışının ülkemizi dünyada daha güçlü kılacağını savunmaktadır. Aksi yöndeki yaklaşım ise, nüfus fazlalığının yaşanan sosyoekonomik, kültürel sorunları ağırlaştıracağını, kişi başına düşen milli gelirin düşük olduğunu, iş, eğitim, sağlık, sosyal güvenlik gibi temel

⁷⁶ Karluk, S. R., Türkiye Ekonomisi, İstanbul 2009, 8.

toplumsal ihtiyaçların gereği gibi karşılanamadığını belirterek, nüfusun nicel yanından çok nitel yanının önemine işaret etmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti, kuruluşundan bu yana farklı nüfus politikaları uygulamıştır. 1965'e kadar uygulanan doğumları özendirici (pronatalist) politikadan sonra, siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel sebeplerle 1965'te kabul edilen Nüfus Planlaması Kanunuyla birlikte ise doğumları sınırlayıcı (antinatalist) politikaya geçilmiştir.

Cumhuriyetin kuruluş yıllarında Türkiye nüfusu 13 milyon civarındadır. Uzun savaş yıllarının ardından genç erkek nüfusun askere alınması, savaştaki kayıplar, ekonomik koşulların kötüleşmesi, sağlık hizmetlerinin yetersizliği gibi sebeplerle doğum oranları düşmüş, çocuk ölümleri artmıştır. Bu nedenle, Cumhuriyetin ilk döneminde nüfusu artırma çareleri aranmış ve bu yönde evliliği ve çocuk yapmayı özendirici politikalar oluşturulmuştur. Savaş döneminin sona ermesi ve ekonomide nispi iyileşme, devam eden yıllarda nüfusta hızlı bir büyüme sağlanmış, İkinci Dünya Savaşı sırasında nüfus artış hızında bir azalma yaşanmış ise de, 1945'ten itibaren hızlı bir nüfus artışı gerçekleşmiştir.

Bu durum karşısında, ülkemizde toplumsal, ekonomik ve kültürel kalkınmayı hızlandırmak amacıyla nüfus artış hızının kontrol altına alınması yönünde politikalar hakim olmaya başlamış; 1961 Anayasasının kabulünden sonra çıkarılan, 1965 ve 1983 tarihli Nüfus Planlaması Kanunları yürürlüğe konmuştur.

Ancak nüfus büyümesi, izlenen politikaların etkisinden çok, sosyo-ekonomik koşullara bağlı olarak gelişme göstermiştir.

b) Türkiye Nüfusuna İlişkin Veriler

Türkiye, 2012 yılsonu itibariyle 75.627.384 nüfusa sahiptir. Türkiye nüfus ve ekonomik büyüklük bakımından dünyada 17. sırada yer almaktadır. Bu nüfusun %50,18'i (37.956.164) erkeklerden, %49,81'i (37.671.216) kadınlardan

oluşmaktadır⁷⁷. Buna karşılık, BM insani gelişmişlik indeksinde Türkiye, 83. sıradadır⁷⁸.

Türkiye nüfusu ilk nüfus sayımından (1927) günümüze 5.5 kat artmıştır. 2. Dünya Savaşı sırasında nüfus artış hızı düşmüş, sonrasında nüfus artışı hızlanarak 1955-60 yılları arasında en yüksek seviyeye ulaşmıştır. 1965 yılından itibaren nüfus artışında düzenli düşüş gözlenmektedir. Nüfus hızının azalması doğurganlıktaki düşüşü yansıtmaktadır.

Türkiye nüfusunun önemli bir özelliğini göç oluşturur. Göç; doğudan batıya, kırdan kenttedir. 1927 yılında nüfusun %75,8'i kırsal kesimde⁷⁹, %24,2'si kentlerde yaşamakta iken, günümüzde bu oran tersine dönmüştür. 2011 yılı itibariyle nüfusun %23,2'i kırsal kesimde, %76,8'i kentlerde yaşamaktadır. Göçün asli sebebi sosyo-ekonomiktir; son yıllarda buna terör de eklenmiştir.

Nüfusun ¼'ü henüz eğitim çağındadır. Çalışma çağı dışındaki nüfusun (0-14, 65 ve üstü yaş) çalışma çağındaki nüfusa (15-64 yaş) oranını gösteren bağımlılık oranı, 1935'te 100 kişiye 83, 1990'da 100 kişiye 64, 2011 yılında ise 100 çalışma çağındaki kişinin 48 kişi çalışma çağı dışındaki kişinin yükümlülüğünü üstlendiği görülmektedir.

Yıllara göre Türkiye nüfusu ve artış oranlarına ilişkin veriler aşağıdaki tablo ve grafikte gösterilmiştir⁸⁰.

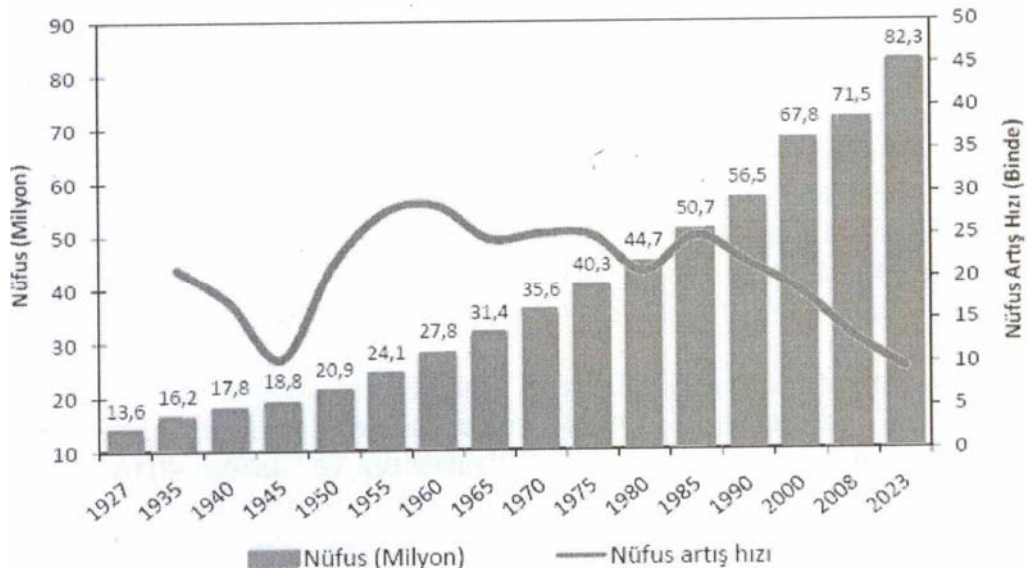
⁷⁷ TÜİK; ADNKS verileri; www.tuik.gov.tr.

⁷⁸ BM insani gelişmişlik indeksi, ortalama yaşam beklentisi, eğitim seviyesi, kişi başına düşen milli gelir, sağlık ve sosyal hizmetlere ulaşım ve kalitesi vb. kriterlere göre ülkelerin gelişmişlik düzeyini belirlemektedir.

⁷⁹ Nüfusu 10.000'den az olan bölgeler.

⁸⁰ Osmanlı İmparatorluğu döneminde Anadolu nüfusu: 1884 tarihinde 12.587.000; 1897 tarihinde 13.996.000; 1910 tarihinde 15.371.000; 1913 tarihinde 15.821.000'dir. İlk nüfus sayımı 1927 yılında yapılmıştır. 1. Dünya Savaşı ve Kurtuluş Savaşı sırasında Anadolu nüfusunun 2.7 milyon azaldığı görülmektedir. Bkz. Bahar, C., Osmanlı İmparatorluğunun ve Türkiye'nin Nüfusu 1500-1927, DİE; Ankara, 1996, 65.

Yıl	Nüfus	Yıllık Artış Oranı (%)
1924	13.093.000	
1927	13.648.987	
1935	16.158.567	2,29
1940	17.821.543	2,05
1945	18.790.987	1,08
1950	20.947.155	2,29
1955	24.065.543	2,97
1960	27.755.532	3,06
1965	31.391.651	2,62
1970	35.605.653	2,68
1975	40.348.789	2,66
1980	44.737.321	2,17
1985	50.664.654	2,64
1990	56.473.653	2,29
2000	67.804.543	2,00
2007	70.586.256	0,58
2008	71.517.100	1,31
2009	72.561.312	1,48
2010	73.722.988	1,60
2011	74.724.269	1,35
2012	75.627.384	1,20



Şekil 1. Türkiye'nin nüfusu ve artış hızı (1923-2023)⁸¹.

Türkiye'de 65 ve üstü yaş grubunun toplam nüfus içindeki payı son yıllarda %5'in altında kalarak, ciddi bir değişiklik göstermemiştir. Doğurganlık düşmekle yaşlı nüfusun toplam nüfus içindeki payı artmaktadır.

Hızlı iç göç nedeniyle, özellikle kırsal kesimin yaşlılık oranı daha çok artmaktadır. 2011 yılında %7,3 olan Türkiye'de 65 yaş ve üzeri nüfus oranının 2050 yılında %17,6'ya ulaşacağı tahmin edilmektedir.

c) Değerlendirme ve Görüşümüz

Günümüzde, yönetimler nüfus teorilerini ekonomik boyutunun yanı sıra, sosyal, kültürel, hukuki ve siyasal sonuçlarını da gözeterek çok yönlü bir yaklaşımla oluşturmaktadır. Bunda, tarihsel deneyimler, bilimsel ve teknolojik ilerlemeler, demokrasi ve insan hakları alanındaki gelişmeler etkilidir. Nüfus, beşeri sermaye oluşumu, eğitim ve gelişim, gelir ve dağılımı, çalışma koşulları, istihdam, işsizlik, sağlık ve sosyal güvenlik, kadın ve çocuk işgücü, insani gelişmişlik düzeyi, yaşam kalitesi gibi dinamiklerle birlikte değerlendirilmekte; demografik dönüşüm nüfus teorisi genel kabul görmektedir⁸².

Hızlı nüfus artışı, eğitim ve sağlıkla ilgili cari harcamaları çoğaltır, şehirleşmeyi hızlandırır, konut ihtiyacını artırır. Ülkede bir puanlık nüfus artışı, ülke gelirinin ortalama %2' sini konut, sağlık, eğitim gibi demografik yatırımlara ayrılmasını gerektirir. Bu tür yatırımlar ülke kalkınmasını yavaşlatarak olumsuz yönde etkiler. Gelişmekte olan ülkeler, nüfus artışını yavaşlatarak tüketimi azaltmak suretiyle, yatırıma yöneltilecek tasarrufları artırarak hızlı kalkınmayı hedeflemektedirler⁸³. Ekonomik büyüme ve kalkınmanın sağlanabilmesi için nüfus planlaması gereklidir.

⁸¹ Koç, İ./Eryurt, M.A./ Adalı, T./ Seçkiner, P., Türkiye'nin Demografik Dönüşümü, Ankara 2010, 6.

⁸² Demografik dönüşüm nüfus teorisine ilişkin geniş açıklama için bkz. Koç./Eryurt./ Adalı/ Seçkiner, 6.

⁸³ Yurtcan, 2.

Erem'e göre, çocuk düşürme ve kürtaja izin nüfus artışı bağlamında değerlendirilemez. Türkiye'nin gerçekte hızlı nüfus artışı sorunu yoktur. Türkiye'nin kalkınma sorununu, ekonomik, sosyal, eğitimsel önlemlerle aşması mümkündür. Kürtaj sorununu "nüfus planlaması" bağlamında ele almak, konuyu farklı bir alana taşımaktır. Kürtaj, ister serbest ister yasak olsun, nüfus planlamasına etkisi yoktur. Nüfus planlaması çok geniş, çözümü başkaca sorunlara bağlı bir "sosyal ekonomi" konusudur. Kürtaj, kişilerin soyunu sürdürme "hakkın kullanılması" olup, hukuksal açıdan değerlendirilmelidir. Nüfus artış-azalışıyla kürtajın yasaklanması bakımından her ülkede irtibatın varlığı da iddia edilemez.⁸⁴

Kanaatimce de, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve ilgili mevzuatta konunun nüfus planlaması esastan hareketle düzenlenmesinden ziyade, kişi hak ve özgürlükleri açısından değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Erem'in belirttiği gibi, özellikle çocuk düşürme ve rızalı çocuk düşürtme fiillerinin sadece nüfus sorunu ve planlaması açısından ele alınması sorunun farklı bir alana taşınmasıdır. Kişilerin özellikle de kadının hak ve özgürlükleri temelinden hareket edilmesi, diğer yandan ceninin de hukuksal bir değer olarak yaşamının nazara alınması gerektiği açıktır. NPK düzenlemelerinde kadının yaşam ve sağlığının, hukuksal bir değer olarak ceninin yaşamının ve kadının kendi geleceğini tayin hakkının bir ölçüde dengelenmeye çalışıldığı da gerçektir.

II. Teolojik Yaklaşım

1. Genel Olarak

Dünyada çok sayıda kadın, ülkesinde hâkim dini esas alarak gebeliğin sonlandırılmasını kısıtlayan yasal düzenlemelerin yürürlükte olduğu yönetimlerin ülkesinde yaşamaktadır⁸⁵. Sözelimi, Katolik kilisesinin gebeliğin sonlandırılmasına karşı olması tüm dünyada, özellikle Latin Amerika'da oldukça etkilidir.

⁸⁴ Erem, 479-481.

⁸⁵ Center for Reproductive Rights, Religious Voices Worldwide Support Choice, Briefing Paper, September 2005, www.reproductiverights.org.

Dinlerin gebeliğin sona erdirilmesini kesin şekilde yasakladığı yönünde bir genel anlayış mevcuttur. Oysa çoğu dinde gebeliğin sona erdirilmesi de dahil, temel ahlaki sorunlar hakkında ciddi tartışmalar yapılmakta; görüş ayrılıkları yeterince kamuoyuna yansımamaktadır.

Gerçekte, 1994 tarihinde Kahire’de yapılan Milletlerarası Nüfus ve Kalkınma Konferansı’nda ve 1995’te Beijing’te yapılan Dünya 4. Kadınlar Konferansı’nda bir araya gelen dini liderler, kadının üreme hakkı konusundaki seçim hakkını destekleyen tavsiyelere katılmışlardır. Hükümetlerin gebeliğin sonlandırılmasını düzenleyen yasaların yapılmasında, siyasal kararlar alınmasında ya da bireyin vicdani kanaat ve inancına bağlı diğer meselelerde farklı dini inanç ve kanaatleri gözetmeleri veya laik yaklaşımı benimsemeleri gerektiği belirtilmiştir⁸⁶.

Beş büyük dünya dini, Musevilik, Hıristiyanlık, İslamiyet, Hinduizm ve Budizm’in gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin değişik yaklaşımları aşağıda incelenecektir.

2. Musevilik

Tevrat’ta “çoğalınız ve dünyaya yayılınız” emrine dayanılarak gebeliğin sonlandırılmasının yasaklandığı belirtilir. Bununla beraber, gebe kadının hayatının ve sağlığının korunması amacıyla gebeliğe son verilebileceği kabul edilir. Zorunluluk hali geniş yorumlanmaktadır. Bu kapsamda kadının kendisini iyi hissetmesinin esas olduğu kabul edilerek, bedensel ve ruhsal sağlık sebepleriyle gebeliğin sona erdirilmesine izin verilmektedir.

Dünyanın Musevi tek devleti olan İsrail, birçok sebeple gebeliğin sonlandırılmasına izin vermektedir. Gebe kadının yaşamı için veya bedensel ya da ruhsal sağlığı için tehlike oluşturuyorsa, gebe kadın 17 yaşından küçük ya da 40 yaşından büyükse, gebelik, ırza geçme, ensest gibi suç teşkil eden bir fiilin ya da evlilik dışı bir ilişkinin sonucuysa veya fetüsün gelişiminde anomali ihtimali bulunuyorsa gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmektedir. ABD’de, aşırı tutucu

⁸⁶ Center for Reproductive Rights, Religious Voices Worldwide Support Choice (Briefing Paper), 2005, 1, www.reproductiverights.org.

olmayan, reformcu, muhafazakar, yeniden yapılandırmacı ve hümanist dört büyük Musevi hareketlerinin hepsi, gebeliğin sonlandırılmasının hükümetçe sınırlandırılmasına karşı olduklarını kamuya açıklamışlardır⁸⁷. Buna karşılık gebeliğin sona erdirilmesinin Musevi inancında kural olarak yasak olduğu ileri sürülmektedir⁸⁸.

3. Hıristiyanlık⁸⁹

İncil'de çocuk düşürme ve düşürtmeye ilişkin herhangi bir kayıt bulunmamaktadır⁹⁰.

Katolik Kilisesine göre, soyunu sürdürme amacı taşımayan cinsel ilişki, gebeliğin önlenmesi, çocuk düşürtme ve düşürme fiilleri yasaktır⁹¹. Takdis edilmeden ölen kişi günahlarından aranamayacağından çocuk düşürme, çocuk öldürme (infantisit) kabul edilir⁹².

Katolik Kilisesi, döllenmeden itibaren insan yaşamına mutlak olarak saygı gösterilmesi ve korunması gerektiğini belirtilir. Ana rahminde insanın oluşmaya başladığı ilk andan itibaren kişilik haklarının tanınması gerekir; yaşamın masum özüne dokunulamaz. Gebeliğin sonlandırılması insan öldürmeyle bir tutularak,

⁸⁷ Eser / Koch, (1999), 52.

⁸⁸ Center For Reproductive Rights, Religious Voices Worldwide Support Choice, Eylül 2005, 1-4, (www.reproductiverights.org); Tevrat'ta, "kavga esnasında gebe kadına çarpıp ceninin düşmesine neden olan kişinin kadının kocasına hakimlerce tayin edilen tazminatı ödemeye mahkum edileceği, kadın ölür veya sakat kalırsa kisasın uygulanacağına" ilişkin (çıkış, 21, 22) hüküm çocuk düşürtme fiilinin suç sayılıp cezalandırılmasının dayanağı olarak belirtilmektedir. Otacı, C., Türk Ceza Hukukunda Cenin Düşürtme ve Cenin Düşürme Suçları, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:3, Sayı:8, Ankara, 2008, 34.

⁸⁹ Tarihsel gelişimi içerisinde Hıristiyanlıkta çocuk düşürmeye ilişkin geniş bilgi için bkz. aşağıda; Kanonik Ceza Hukuku.

⁹⁰ Yarsuvat, Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi, İÜHFM, İstanbul 1982, 1983, 1-4, 452.

⁹¹ Bkz. Erman/Özek, 186: Katolik Kilisesinin gebelik önleyici ilaç ve vasıtaların alınıp satılmasına karşı çıkması ve bu tutumu günümüzde de sürdürmesinin sebebi, cinsel birleşmenin nesli sürdürme amacı dışında günah sayması ve keza rahip ve rahibelerin evlenme yasağı ve iffet yemini yapmaları aynı düşünceden kaynaklanır.

⁹² Yarsuvat, 452.

ağır bir ihlal olarak görülür ve kiliseden çıkartma yaptırımına tabidir⁹³. Katolik kilisesinin gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin öğretisi, bazı din bilginlerince tereddütle karşılanmaktadır.

Protestanlıkta bir kısım teologlar, gebeliğin sonlandırılmasını İncil'in öldürme yasağının ihlali saymakla beraber; belirli koşullar altında ahlaken buna imkan tanınabileceği ve üstün yararın korunması için zorunluluk halindeki gebe kadının bizzat sorumluluğu altında vereceği vicdani kararına saygı duyulması gerektiğini ileri sürmüşlerdir⁹⁴. Protestan Kilisesi içinde, gebeliğin kadının hayatı ve sağlığını tehlikeye koyması, ceninde gelişim bozukluğu, kriminolojik-ahlaki indikasyonlar, sosyo-ekonomik sebeplerle sona erdirilmesi ve hatta süreye bağlı çözüm lehinde görüşler sıkça ileri sürülmüştür⁹⁵.

4. İslamiyet

İslam'da diğer dinlerde olduğu gibi çocuk düşürülmesi bir ahlak meselesi olarak ele alınmıştır⁹⁶. Gebeliğin ilk dört ayında embriyon halindeki çocuğun düşürülmesine şartsız ya da bazı şartlarla izin verilmektedir⁹⁷. Bu evrede ceninin uzuvları teşekkül etmediğinden, muzga (et parçası) ve kan pıhtısı sayılır. Gebeliğin sonraki evrelerinde çocuk düşürme ise cinayet olarak nitelenmiş, ancak cenin insan niteliğini kazanmadığından insan öldürme suçundan değil,

⁹³ Eser/ Koch, (1999), 45; Ayrıntılı bilgi için bkz. Enzykliken "Casti connubii" ve "Humanea vitae"; Kilisenin bu katı görüşü bütün Katolik din adamlarınca paylaşılmış değildir.

⁹⁴ Geniş bilgi için bkz. Eser/ Koch, (1999) 49.

⁹⁵ Bkz. Koch, H.G. Swangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil I, Baden Baden 1988, 54 vd.

⁹⁶ Yarsuvat, 452; bkz. Özgen, 475, İslam toplumları cihad için insan gücüne ihtiyaç duyduklarından nüfusun devamlı artmasını öngörmüşlerdir. Bir hadiste "kadınlarınızın hayırlısı velud olanlardır" denilmiştir ve bu suretle nüfusun artması teşvik olunmuştur. Krş. Bilmen, c.3, 145, kn. 441.

⁹⁷ Omran, 215 vd. Yazar, Zeydi mezhebinin ve bazı Hanefi ve Şafi fakihlerin 120 güne kadar gebeliğin sonlandırılmasına meşru bir sebep olmayan şartsız cevaz verdiğini belirtmektedir. Buna karşılık, meşru bir sebebe dayalı olarak şartlı cevaz veren, meşru bir sebep yok ise karşı çıkan bazı Hanefi ve Şafi fakihlerin bulunduğunu; bazı Maliki fakihlerin hiçbir şartla kürtaja izin vermediklerini; çoğu Malikilerin, İmamilerin, İbadilerin, Zahirilerin ve Hanbelilerin gebeliğin 40. gününden sonra kürtaja kesin olarak karşı çıktıklarını kaydetmektedir.

iskat-ı cenin suçundan tazmini para cezası (gurre, diyet, tazir) ile cezalandırılmıştır⁹⁸.

İslami kurallar, gebeliğin sonlandırılmasında fetüsün tüm uzuvlarıyla teşekkül etmesi ya da ona ruh nefhedilmesine göre yorumlanarak açıklanmaktadır. İslami mezheplerin tümü, fetüs ruha kavuştuktan sonra gebeliğin sonlandırılmasını yasaklamakta, ancak buna gebe kadının yaşamı, sağlığı bakımından bir tehlike oluşturması, emzirdiği bir çocuğunun bulunması veya fetüste gelişim bozukluğu bulunması, gebeliğin cinsel saldırı sonucu oluşması gibi birçok istisna getirmektedir.

İslam hukukunun uygulandığı ülkelerde dini otoritelerce fetva yoluyla çocuk düşürme fiilinin dinen uygun olup olmadığı ve hangi hallerde buna izin verileceği saptanmıştır⁹⁹. 1991 yılında Suudi Arabistan'da yayınlanan bir fetvada döllenmeden itibaren 120 gün içinde çocuk düşürmenin İslami esaslara aykırı olmadığı belirtilmiştir. Aynı yönde Ürdün Büyük Müftülüğü, ceninin insan şeklini almadan önce vücuttan uzaklaştırılabileceği, bunun süresinin döllenmeden itibaren 120 gün olduğunu açıklamıştır¹⁰⁰.

Mısır'da İslam ilahiyat öğretiminin önemli bir merkezi olan Kahire El - Ezher Üniversitesi baş imamı, ırza geçme halinde gebeliğin sonlandırılmasına izin veren bir fetva yayınlamıştır¹⁰¹.

İran'da gebeliğin sonlandırılması yasak olmasına rağmen, önde gelen bir Şii imam, gebe kadının sağlığı ve fetüste gelişim bozukluğu sebepleri ile sınırlı

⁹⁸ Yarsuvat, 452.

⁹⁹ Gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin fetva metinleri için bkz. Omran, 280 vd. Yazar, Yemen Arap Cumhuriyeti Yüksek İstinaf Mahkemesi Başkanı'nın fetvasında: "Birkaç çocuğa sahip bir kadın, gebeliği önleyici modern yöntemlerde habersiz olması nedeniyle yeniden gebe kalmıştır ve gebeliğine son vermek istemektedir. Şeriat kanunlarınız, kadının ve kocanın rızasıyla yapılacak kürtaja müsaade eder mi?" sorusunu; "kocanın rızası alınarak, kımıldamadan önce yapıldığı takdirde şeriat yasaklamaz. Şeriata göre canlanma, gebeliğin beşinci ayının başında gerçekleşir." şeklinde cevaplamıştır.

¹⁰⁰ Yurtcan, 30.

¹⁰¹ CfRR, Religious Voice Worldwide, 2; Konan, B., Osmanlı Devletinde Çocuk Düşürme Suçu, AÜHFD, c. 57, Sy. 4, Ankara, 2008, 324; Omran, 282.

olmaksızın gebeliğin ilk üç ayında sonlandırılabilceği yönünde fetva yayınlamıştır¹⁰². 2005 yılında İran'ın iki büyük müftüsü Ayetullah Yusuf Sanei ve Ayetullah Ali Khamenei gebeliğin ilk üç ayında ceninde genetik hastalığın tespiti veya gebe kadının yaşamını ve sağlığını tehlikeye koyması halinde çocuk düşürmenin uygun olacağı yönünde fetvalar vermişlerdir¹⁰³.

Ağırlıklı olarak Müslüman nüfusun yaşadığı Tunus gibi ülkelerde, kadının sağlığını korumak için gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin özgürlükçü yasal düzenlemeler yapılmıştır¹⁰⁴.

Türkiye'de Diyanet İşleri Başkanlığı "zaruret mahsuru ortadan kaldırır" Ayeti gereğince çocuk düşürmenin İslamiyet'e aykırı olmadığını belirten bir rapor yayınlamıştır¹⁰⁵. Ayrıca, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın tecavüz sonucu oluşan gebeliklerde çocuk düşürmenin İslamiyet'e aykırı olmadığı yönünde fetvasının bulunduğu belirtilmektedir¹⁰⁶.

¹⁰² CfRR, Religious Voice Worldwide, 2.

¹⁰³ Konan, 323.

¹⁰⁴ Krş. Eser / Koch, (1999) 51.

¹⁰⁵ Diyanet İşleri Başkanlığı'nın 15.12.1960 t.li Raporu için bkz. Nüfus Planlaması 1968, 5; nakleden: Okur/ Bayraktar, 9; Konan, 324; Yurtcan, 29.

¹⁰⁶ Avcı, M., Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004, 155, Yazar, ahlaki veya kriminolojik sebeplerin gebeliğe son vermede hukuka uygunluk sebebi sayılıp sayılmayacağı sorunu üzerinde durmuştur. İrzına geçme veya ensest sonucu gebe kalmış kadının gebeliğini sürdürmesi kendisinden beklenemeyeceği, sürekli talihsiz olayı hatırlayacağı, onun için işkence oluşturacağını belirtmiştir. T.C. Diyanet İşleri Başkanlığı, Din İşleri Yüksek Kurulunun 01.1993 tarih ve 4 sayılı kararına konu olayda: Bosna-Hersek'te Sırpların ırzına geçtikleri, gebe bıraktıkları Müslüman kadın ve kızları, cenini düşürmemeleri için düşük yapma süresi geçinceye kadar esir kamplarında tutulmuşlar, tecavüz sonucu oluşan ceninleri rahimlerinde taşımamak için intihar eden kadınlar olmuş, kürtaj yoluyla rahim tahliyesi olmadığına ileride daha vahim toplumsal olaylara sebep olacağı, ekonomik, sosyal, psikolojik yıkımlara sebebiyet vereceği, bu durumdaki kadınların gebeliklerinin sona erdirilmesinin dini esaslara uygun olup olmadığı Kurula sorulmuş, Kurul olayda İslam'ın izzeti ve İslam toplumunun bölgede varlığını sürdürmesi, yok olmaması açısından bakıldığında anne hayatı ve sağlığını tehlikeye koymadan ırza geçme sonucu oluşan gebeliğin ilaç ya da tıbbi müdahale ile sona erdirilmesine İslami esaslara uygun olduğuna karar vermiştir.; Konan, 324.

5. Hinduizm

Hindu inancının klasik metinlerini yorumlayan öğretilerde çoğunluk, enkarnasyonda döllenmeyi esas alır. Bu nedenle döllenmeden itibaren hangi aşamada olursa olsun gebeliğin sonlandırılması insan öldürmekle eş anlamlı olup, ancak hayati indikasyonlarla gebeliğe son verilmesi kabul edilmektedir¹⁰⁷.

Doğa Kanunlarını esas alan Hindu Dharma inancında, gebeliğin sona erdirilmesine kesin surette karşı çıkılmaz. Dharma inancı, kişiye, durum ve şartlara bağlı duyarlılık, uyum ve değişimi esas almaktadır; kadın gebeliğini sonlandırma konusunda ahlaki bir iç çatışma yaşıyorsa, içinde bulunduğu hal ve şartlarda kendi vicdanına göre gebeliği sonlandırma kararı almasına izin vermektedir. Hindu geleneğinde cenin, gebe kadının hayatına nazaran daha üstün değerde sayılmaz.

Hindu inancına ilişkin eski metinlerde ve tıbbi eserlerde gebelik kadının hayatı ve sağlığı için ağır tehlike oluşturuyorsa ya da, fetüsün gelişiminde anomali nedeniyle sağlıklı olarak dünyaya gelme olasılığı düşükse, gebeliği sonlandırma uygulamasına gidildiği belirtilmektedir.

Dünyanın resmi dini Hinduizm olan tek ülkesi Nepal'de, gebe kadınların fevkalade yüksek ölüm ve sakatlanma oranı yüzünden 2002'de gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin yasal düzenleme yapılmıştır. Yasal düzenlemeyle kadının istemiyle 12 haftaya kadarki gebeliklerin; ensest ve ırza geçme hallerinde 18 haftaya kadarki gebeliklerin; gebelik kadının hayatı, bedensel veya ruhsal sağlığı için tehlike oluşturuyor ya da fetüs gelişiminde anomali riski bulunuyorsa zaman sınırlaması olmaksızın gebeliklerin sonlandırılmasına izin verilmiştir.

Hindistan'da 1971'den beri geniş kapsamlı nedenlerle gebeliğin sonlandırılması olanaklıdır¹⁰⁸.

¹⁰⁷ CfRR, Religious Voice Worldwide, 3; ayrıca bkz. Eser / Koch, (1999) 52-53; Görkey, 83.

¹⁰⁸ CfRR, Religious Voice Worldwide, 3.

6. Budizm

Budist din adamları arasında, belli şartlar altında kadının gebeliğini sonlandırmayı seçme hakkını destekleyenler bulunmaktadır. Tayland Budist Kamma öğretisi, yalnızca fiil değil, failin iradesinin fiilin ahlakiliğinin tayininde asıl etmen olduğunu vurgulamaktadır. Bu nedenle, kadının yaşamı veya sağlığı gözetilerek veya ırza geçme hallerinde gebeliğin sonlandırılması, ahlaka aykırı bir davranış olarak değerlendirilmez. Bu ılımlı yaklaşım, Budizm'i resmi din olarak kabul eden Kamboçya ve Tayland'da gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin yasal düzenlemelere yansımış, muhtelif şartlar altında gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmiştir. Kamboçya'da, kadının istemiyle 14 haftaya kadarki gebeliklerin sonlandırılmasına izin verilmektedir. Tayland'da, kadının hayatı ve sağlığı için tehlike oluşturuyorsa veya ırza geçme hallerinde gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmektedir. Budist nüfusun ağırlıkta olduğu Japonya'da, yasal ve sosyal açıdan gebeliğin sona erdirilmesine izin verilmektedir¹⁰⁹.

III. Ahlaki Yaklaşım

1. Genel Olarak

Dünyada gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin yasal düzenlemeler üzerinde etkili olanlar yalnızca dini inançlar değildir. Bunun yanı sıra, farklı felsefe geleneklerini temsil eden ahlaki öğretiler¹¹⁰, kadının gebeliği sonlandırmayı seçme hakkına ilişkin farklı görüşlere sahiptir¹¹¹.

Ahlaki açıdan kadının istemine dayalı olarak gebelik sonlandırmalara izin verilmesi ve iznin kapsamı konusunda çeşitli görüşler ve tartışmalar bulunmaktadır. Bunlar geleneksel-muhafazakar, liberal ve ılımlı görüşler olarak

¹⁰⁹ CfRR, Religious Voice Worldwide, 3.

¹¹⁰ Cevizci, A., Uygulamalı Etik, İstanbul 2013, 90 vd.

¹¹¹ CfRR, Religious Voices Worldwide, 1.

sıralanmaktadır¹¹². Ahlaki öğretiler iyi veya doğrunun tespitinde esas aldığı ölçüye göre kadının gebeliğine son vermesine ilişkin tutumunu belirlemektedir.

Geleneksel-muhafazakar anlayışa göre, gebeliğin başlangıcından itibaren ceninin yaşamına son verilmesi, birey olarak yaşayacak bir insanın öldürülmesidir. Bu görüş gebeliğin sona erdirilmesine tümüyle ve her koşulda karşıdır. Kişilik döllenenmeden itibaren başlamıştır. Bu görüşün temsilcisi Roma Katolik Kilisesidir¹¹³. Bunun yanı sıra, ceninin ana karnında hareketlenmeye başlamasını ölçü alan bir diğer görüş de bulunmaktadır. Cenin, ana karnında hareketlenmeye başlamasıyla (quickening) kişilik kazanır; bu aşamadan sonra gebelik sonlandırmaya yönelik müdahaleler ahlaken kabul edilemez.

Buna karşılık gebeliğin kadının istemine bağlı olarak sonlandırılmasının serbest bırakılması gerektiğini ileri süren liberal görüşler de bulunmaktadır. Kadının kendi bedeni, üremesi, müstakbel anneliği üzerinde serbestçe karar verme hakkının olduğu savunulur. Bireyci veya feminist bir temelden hareket eden görüşler en liberal yaklaşımı benimsemektedirler. Konuya ilişkin ılımlı liberal görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşler, ceninin yaşama hakkı ile gebe kadının karar ve seçim hakkı arasındaki çatışmanın uzlaştırılması, dengelenmesi yönünde gayret sarf eder. Burada sınırın tayininde ceninin gebe kadından bağımsız olarak yaşayabilecek duruma gelmesini ölçü alan görüş öne çıkmaktadır. Ceninin gelişimi gebe kadının bedeninde ve ona bağlı olarak sürmektedir. Cenin gebe kadından bağımsız olarak yaşama kabiliyeti kazanıncaya kadar annenin vücuduna bağlı, onun bir parçası ve kadının vücudundan ayrı yaşayamayacağı için çocuğu doğurma veya doğurmama kararını sadece gebe kadın verebilir. Burada gebe kadının vücudundan bağımsız olarak yaşayabilme yeterliliğini kazanmasıyla ceninin ahlaki statüsü tanınmaktadır. Henüz bu aşamaya gelmeden, annenin bedeninin bir parçası

¹¹² Çobanoğlu, N., Kurumsal ve Uygulamalı Tıp Etiği, Ankara, 2009, 220.

¹¹³ Çobanoğlu, 220; Zengin, M. A., Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Ankara, 2012, 46.

olarak varlığını sürdürebilen ceninin yok edilmesinin, anne vücudu dışında yaşama yeteneği olmadan “öldürme” kavramıyla ilintisi olmadığı ileri sürülür¹¹⁴.

Bu görüş eleştirilmiş ve yaşayabilirlik ölçüsünün keyfi olduğu ileri sürülmüştür. Çocuk tam ve sağ doğsa bile, başkalarının bakım ve gözetimine muhtaçtır. Yaşayabilirlik görüşünün, başkalarının bakım gözetimi olmadan yaşama kabiliyeti bulunmayanların ahlaki statüsünün ve kişiliğinin tanınmaması sonucuna götürdüğü eleştirisi yapılmıştır.

Bu konudaki görüş ayrılıklarını gidermeyi ve dengelemeyi amaçlayan ılımlı görüşler de ileri sürülmüştür. İlimli görüşlerden bir kısmı, erkek ve kadın üreme hücrelerinin birleşmesinin ardından döllenmiş yumurtanın ana rahmine yerleşmesini ceninin ahlaki statü ve hukuki koruma sağlamanın ölçüsü olarak kabul eder. İlimli olarak nitelenen bir diğer görüş ise, liberal görüşlere yaklaşarak yaşayabilirlik ölçüsünü temel almaktadır.

Bireysel-biyolojik yaklaşım içinde çocuğun doğumunu, yaşayabilirliğini, ana karnında canlanmasını, ceninin beyin korteksinin oluşup, beyin dalgaları ve işlevinin başlamasını, döllenmiş yumurtanın ana rahmine yerleşmesini esas alan, erkek ve kadın hücrelerinin döllenmesiyle yeni bir insan yaşamının başladığı genetik ve biyolojik kimliğinin ortaya çıktığını savunan çeşitli görüşler yer almakta, gebeliğe son verilmesine izin bakımından bu ölçülerin esas alınması gerektiği savunulmaktadır¹¹⁵.

2. Mutlak Kuralcı Yaklaşım

Gebeliğin sonlandırılmasına kesin ve ayırım gözetmeksizin karşı çıkan bir diğer görüş ise, mutlak kuralcı yaklaşımdır. Kant'ın ahlaki görüşleri muhafazakar şekilde yorumlanarak, kadının istemiyle gebeliğinin sona erdirilmesine izin verilemeyeceği, ahlaka aykırı olduğu savunulmuştur. İnsanlar hemcinslerine asla araç olarak değil daima amaç olarak davranmalıdır. Ahlaki iyi ve kötünün tayini bu maksime göre belirlenir. İsteyerek düşük yapma ahlaki temelden yoksundur. Ana karnındaki ceninin yaşamına son vermek insan türüne ait bir

¹¹⁴ Çobanoğlu, 220.

¹¹⁵ Görkey, 86 vd.; Harris, J. Hayatın Değeri, Tıp Etiğine Giriş, İstanbul 1998, 34.

canlıyı öldürmektir. Öldürme yasağını ihlalin hiçbir ahlaki gerekçesi olamaz. Gebeliğin annenin veya çocuğun yaşamını tehlikeye koyması da bu kurala istisna tanımayı gerektirmez¹¹⁶.

3. Yararcı Yaklaşım

Yararcı yaklaşım bakımından ahlaki iyilik ve doğrulukta temel olarak davranışın iyi niyetle yapılıp yapılmamasına değil, sonucuna bakılır. Eğer bir davranış sonuçları itibariyle iyi ise ahlaki olarak doğru kabul edilir. Bu görüşün hareket noktası mutluluğun azami düzeyde gerçekleştirilmesidir.

Ulaşılamaz idealler için çaba sarf etmek yerine, insanlara yarar sağlayan davranışlar iyi ve doğru olarak nitelenmek gerekir. Yararcı yaklaşıma göre, bir davranışı ahlaki olarak doğru veya yanlış olarak değerlendirme ölçüsü, bu davranışın etkilediği insanların mutluluğunun artması veya azalmasıdır¹¹⁷. Bu görüşe göre, isteyerek çocuk düşürmeye izin verilmelidir. Annenin istemediği bir çocuğu dünyaya getirmesinin onun ve çocuğun üzerinde yaratacağı olumsuz sonuçlar kalkmış olur. Öte yandan, istenmeyen gebeliklerde çocuk düşürmenin yasaklanması halinde, özellikle yasal olmayan, gizli çocuk düşürmelerin kadın ve toplum sağlığı bakımından yarattığı ağır sonuçlarla karşılaşılır. Bu durum, yararların istemli çocuk düşürmeye izin verilmesi ile yasaklanmasının oluşturacağı sonuçların tartılmasını ve üstün olanın tercihini gerektirir. Görüldüğü üzere, yararcı yaklaşım diğer sorunlarda olduğu gibi istemli gebelik sonlandırmaya izin verilip verilmemesi konusunda nispi çözümler sunmaya daha elverişli zemin hazırlamaktadır.

Ancak sonucu esas alan bu yaklaşım, yararlı sonuca götüren her vasıtayı mubah sayma tehlikesini içinde barındırdığı için eleştirilir. Yine, yararcı yaklaşımın dayandığı mutluluk ölçüsü son derece belirsizdir. Yararın toplumsal veya bireysel olarak mı değerlendirilmesi gerektiği konusunda bu görüş kendi içinde bir bütünlük taşımaz.

¹¹⁶ Çokar, 103.

¹¹⁷ Çokar, 104.

Öte yandan, toplumsal yarar nazara alınarak, gebeliğin zorla sürdürülmesi veya zorla sona erdirilmesi şeklindeki müdahalelere ahlaki imkan tanır.

4. Erdem Ahlakı Yaklaşımı

Bu yaklaşımda, davranış hakkında ahlaki değer yargısının ölçüsü erdemliliktir. Erdemlilik, kişinin kendini gerçekleştirme, kendini yetkin bir varlık haline gelmesini mümkün kılacak karakter özelliklerini taşıması gerektiği gibi, böyle bir yaşam için maharet sahibi olmasını da gerektirmektedir. Buna göre, mevcut koşullar altında erdemli karaktere sahip bir kişinin yapacağı türden bir davranış ahlaken doğru olarak değerlendirilecektir. Erdem etiğinde, fiilin ödeve veya sonucuna vurgudan çok, somut olay karşısında “nasıl bir insan olmak istiyoruz” ve “nasıl bir hayatımız olsun istiyoruz” soruları esastır¹¹⁸.

Erdem etiğine göre, ceninin ve annenin hakları ve isteyerek düşük üzerindeki tartışmalar gereksizdir. Kadının isteyerek çocuk düşürme kararının ahlaki değeri, somut koşulları içinde kadının ne tür bir karaktere sahip olduğuna bağlıdır. Erdem ahlakının istemli çocuk düşürmeye uygulamasına ilişkin çeşitli örnekler verilmiştir. Seyahate çıkmak için 7 aylık gebeliğini sonlandırmak bencil ve acımasız bir davranıştır; Henüz kendini anneliğe hazır hissetmeyen ergen yaşta gebe kalmış bir kadının çocuğunu düşürmesi, kendi gelişim düzeyi konusunda gerekli alçakgönüllülüğü göstermiş olacaktır¹¹⁹.

Erdem ahlakı yaklaşımına yöneltilen eleştirilerden biri, somut olayda kişinin nasıl davranması gerektiğine ilişkin cevapları içeren bir rehber sunamamasıdır¹²⁰.

¹¹⁸ Çokar, 104.

¹¹⁹ Çokar, 105.

¹²⁰ Hursthouse, R. (edt. May, L./Wong, K./Delston, J.) in Applied Ethics a Multicultural Approach, 5. Bası, Boston 2010, 52.

5. Değerlendirme

Yukarıda aktardığımız görüşlerden anlaşıldığı üzere; insanın yaşamının ne zaman başladığı, ceninin insan olup olmadığı konusu ahlaki açıdan tartışmalıdır. Bu konuda farklı görüşler ileri sürülmekte ve görüş birliği bulunmamaktadır. Kuşkusuz bu görüşler, bireysel değer yargılarına, yaşam ve dünya görüşüne bağlı olarak değişiklik göstermektedir.

Amacımız, Ceza Kanunumuzun çocuk düşürtme ve düşürme suçlarına ilişkin hükümlerinin irdelenmesi olup, konunun ahlaki boyutu sadece yansıtılmakla yetinilmiştir. Bu konuda kanaatimce, Ceza Kanununun her ahlaka aykırı fiili suç olarak düzenlemesi ve ceza yaptırımıyla önlenmesinin amaçlanması düşünülemez. Öte yandan, bu konudaki ahlaki görüşlerin önemli ölçüde çeşitlilik ve farklılık arz ettiği görülmektedir.

Tarih boyunca ülkelere, hakim siyasal anlayışa, sosyal ve kültürel değerler anlayışındaki değişmelere bağlı olarak, çocuk düşürme fiillerinin suç sayılıp sayılmayacağı, bu suçun kapsam ve unsurları, cezalandırma kapsamı dışında gebelik sonlandırma hallerine ilişkin görüşler de değişmiştir.

Bu itibarla, Ceza Hukuku bakımından çocuk düşürtme ve düşürme suçları unsurları, kapsamı Ceza Hukuku dışında kalan gebelik sonlandırma hallerinin belirlenmesi, özellikle yürürlükteki Ceza Kanunumuzun pozitif hükümlerinin yorumlanması, değerlendirilmesi, açıklanması ve uygulanması bakımından kuşkusuz ahlaki yaklaşımların önemi bulunmakla beraber; suç ve ceza politikası, Ceza Hukukunun amacı, çocuk düşürtme ve düşürme suçlarına ilişkin ceza normlarının amacı çalışmamızda esas alınacaktır.

IV. Tıbbi Yaklaşım

1. İsteyerek Gebeliğe Son Verme

Dünyada her yıl 46 milyon isteyerek düşüğün uygulandığı tahmin edilmekte, bunlardan 26 milyonu isteyerek düşüğün yasal olduğu ülkelerde gerçekleşmektedir. Üreme çağındaki her bin kadından %35'i her yıl isteyerek düşük yaptırmaktadır. Bu oranın % 20'sini yasal, % 15'ini yasal olmayan düşüklükler teşkil etmektedir. İsteyerek düşük yaptıran bu kadınların 36 milyonu

(%78) gelişmekte olan ÷lkelerde, 10 milyonu (%22) gelişmiş ÷lkelerde yařamaktadır¹²¹.

İsteyerek dñřük hızlarında, gebelikten korunma yöntemleri kullanma oranı ile aile planlaması hizmetlerinin yaygın ve kolay ulaşılabilir olması etkilidir¹²².

Türkiye’de ise isteyerek dñřük sıklığı, doğurganlık yaşındaki kadınlar bakımından (15-49) 2003 yılı TNSA (Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması) sonuçlarına göre 0,38’dir. Dñřük hızı bin kadın ölçü alındığında 25 olduğu hesaplanmıştır. Doğurganlık yaşındaki evli kadınların %24’ü en az bir kez isteyerek dñřük yapmıştır. Bu oran 45-49 yaş gurubunda %41’e yükselmektedir. ÷lkemizin batısında ve şehirlerde daha fazla dñřük yapılmaktadır. 2008 yılında isteyerek dñřük oranı 100 gebelikte 10’a kadar dñřümüřtür. 2003 yılından önceki beş yıl içinde isteyerek dñřük oranının 100 gebelik için 11,3 olduğu belirlenmiştir. 1998’de ise bu oran %14,5’tir. 1987’de bu oran 100 gebelikte 24’tür¹²³. ÷lkemizde de isteyerek dñřük hızındaki azalmanın en önemli nedeni etkin gebelikten korunma yöntemlerinin kullanımındaki artıřtır¹²⁴.

2. İsteyerek Gebeliğe Son Verme Yöntemleri

Gebeliğe isteyerek son vermede kullanılan yöntemler tıbbi ve tıbbi olmayan yöntemler olarak iki grupta toplanmaktadır.

¹²¹ Çokar, 26 vd.

¹²² Çokar, 26 vd.

¹²³ Çokar, 29; Türkiye’de isteyerek dñřük trendlerine ilişkin geniş bilgi için bkz. Tezcan, S. / Ergöçmen, B. A., Türkiye’de İsteyerek Dñřükler, Türkiye Halk Sağlığı Dergisi, c. 10, Özel Sayı 1: Dñřükler, 41; ayrıca bkz. Akın, Ayşe, in Türkiye’de Değişen Nüfus ve Sağlık Politikaları Doğrultusunda, İsteyerek Dñřükler ve Üreme Sağlığı Hizmet Sunumunda Geleceğe Bakış, Türkiye Halk Sağlığı Dergisi, c. 10, Özel Sayı 1: Dñřükler, 51 Ankara 2012; Ortaylı, N / Çağatay, L., Bir Bütünün Parçaları: Gebelikten Korunma ve İsteyerek Dñřük, Türkiye Halk Sağlığı Dergisi, c. 10, Özel Sayı 1: Dñřükler, Ankara 2012, 69.

¹²⁴ Bu konudaki verilere ilişkin açıklama için bkz. Ortaylı/ Çağatay, 67 vd.

Tıbbi yöntemler hekimler tarafından sağlık kurumlarında uygulanan yöntemlerdir. Bunlar; a) rahmi vajinal yoldan boşaltmak, b) İlaçla rahim tahliyesi, c) cerrahi müdahaleler olarak sınıflanmaktadır¹²⁵.

Vajinal yolla tahliye kapsamında menstirüel regülasyon, vakum aspirasyonu belirtilmektedir. Rahim tahliyesinde düşük yaptırıcı ilaç kullanılmak suretiyle; rahim içine solüsyonlar uygulama, prostaglandinler, mifepriston (RU 486) ve düşük hapları ile gerçekleştirilmektedir. Cerrahi müdahaleler ise, dilatasyon küretaj, histeretomi, histerektomi yöntemleri sayılmaktadır¹²⁶.

Tıbbi olmayan yöntemler kapsamında isteyerek düşükler, kadınlarca bizzat ya da bir başkası yardımıyla geleneksel yöntem uygulanarak yapılır. Bunlar güvenli olmayan, anne ölümleriyle sonuçlanan, ceninin toksik etkiyle ya da travmayla zarara uğratılmasına dayanan yöntemlerdir. Ceninin gelişimini sonlandırmak için, amniyo kesesinin delinmesi ya da yumruklama, karına basınç yapma, yüksek yerden atlama vs. gibi pek çok yöntem uygulanmaktadır¹²⁷.

Güvenli olmayan istemli düşükler genellikle tıbbi koşullara uyulmaksızın gerçekleştirildiğinden, anne ölümleri veya sağlığının bozulmasına sebebiyet verdiği için genel bir halk sağlığı sorunu olarak ele alınmaktadır¹²⁸. DSÖ verilerine göre, her yıl güvenli olmayan isteyerek düşük nedeniyle dünyada yüz

¹²⁵ Çokar, 29 vd.

¹²⁶ Çokar, 29 vd.

¹²⁷ Çokar, 32 vd. Ayrıca bkz. Smith, A., İnsan, Yapısı ve Yaşamı- The Body-, çev. Erzen Onur-Nida Tektaş, İstanbul 1972, 135; Güvensiz çocuk düşürme pek çok tehlikeyi taşır. Bunların başında öldürücü şok, hava embolisi, sepsis gelir. Gebelikten kurtulmak için kadınların uyguladıkları yöntemler çeşitlidir; cin içmek, sıcak banyo yapmak, zıplamak, ata binmek, bisiklete binmek, karınlarını sımsıkı bağlamak, merdivenden düşmek gibi bütün şiddet davranışlarına rağmen fiilin başarısız olması mümkündür. Bir olayda; adam karısının karnına oturmuş, sırtında zıplamış sonra da makasla müdahale etmiş bunlara rağmen çocuk zamanında doğmuştur. İzlanda'da gerçekleşen bir olayda; ormanda gebe bir kadını yıldırım çarpmış, kadın bayılmıştır. Cenin kazayı sağlam atlatmıştır. Bir başka olayda kadın yedibuçuk metreden atlamış, 24 saat sonra ölmüş, ancak 2,5 aylık cenin yerinden dahi oynamamıştır. Kadınlar ve başvurdukları kimseler bazen ürkütecek kadar kararlıdır. Çocuk düşürmek amacıyla kullanılan araçlar arasında örgü şişleri, firkete, şapka iğnesi, suluboya fırçası hatta parmaklar bile bu amaçla kullanılmıştır. Eski kocakarı ilacı karaağaç kabuğundan yararlanılmakta, bitkisel zehirlere sözgelimi safran, ardiç ağacı, sedef otu ve sarısalkım gibi başvurulmaktadır.

¹²⁸ Çokar, 33.

binlerce kadının hayatını kaybettiği ve bu durumun ciddi bir halk sağlığı sorunu oluşturduğu belirtilmektedir¹²⁹.

V. Sosyal ve Ekonomik Yaklaşım

Dünyada ve ülkemizde sosyo-ekonomik yapı ile ailelerin sahip oldukları çocuk sayısı arasında bağ kurulmuştur. Nüfus politikalarına ilişkin açıklamaların büyük ölçüde sosyal ve ekonomik temellerden hareket ettiği görülmektedir. Gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkeler sosyal, ekonomik kalkınma çabalarını nüfus politikalarıyla desteklemektedirler. Nitekim ülkemizde de kalkınma planlarının bir parçasını nüfus politikaları oluşturmaktadır. Gerek 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde, gerek 1982 Anayasasının yürürlüğünden sonra beş yıllık kalkınma planlarında nüfus planlamasına ilişkin önlem ve düzenlemelere yer verilmiştir¹³⁰.

Anayasamız, Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler bölümünde Ailenin Korunması başlığını taşıyan 41. maddesinde: **“Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.”** demektedir. Şu halde Anayasamız, ailenin korunması ve aile planlamasını sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler kapsamında ele almış ve düzenlemiştir.

Anayasamız, Ekonomik Hükümlere ilişkin Planlama başlığını taşıyan 166. maddesinde: devletin **ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı sağlamak için kalkınma planlarının hazırlanmasını ve uygulanmasını** öngörmüştür.

Türkiye Büyük Millet Meclisi 10. Kalkınma Planını (2014 - 2018) 2.7.2013 tarihinde onaylamıştır¹³¹. Planda, ülkemizin ekonomik ve sosyal kalkınma süreci

¹²⁹ Çokar, 34.

¹³⁰ 1961 yılından günümüze beş yıllık kalkınma planlarındaki nüfus planlamasına ilişkin geniş açıklama için bkz. Akın, 43 vd.: Yazar, 2827 sayılı yasanın uygulamasıyla anne ölümleri içinde yüksek olan düşüklerin payı yüzde 2'lere düşmüştür. Günümüze değin Türkiye'de aile planlaması hizmetleri, bireylerin sağlık haklarının parçası olarak verilmiş olduğu, bu yaklaşımın sürdürülmesi gerektiğini belirtmektedir.

¹³¹ RG. 6 Temmuz 2013, s. 28699 (mükerrer).

bütüncül ve çok boyutlu bakış açısıyla ele alınmış, insan odaklı kalkınma anlayışı, katılımcı yaklaşım benimsenmiştir. Kalkınmanın amacı; insanların refahını artırmak, hayat standartlarını yükseltmek, temel hak ve özgürlüklerini güçlendirerek adil, güvenli ve huzurlu bir yaşam ortamı tesis etmek ve bunu kalıcı kılmaktır. “Nitelikli insan güçlü toplum” başlığı altında insan için ve insanla beraber kalkınma yaklaşımının hayata geçirilmesi, gelişmişliğin toplumun kesimlerine yayılması amacıyla uygulanacak politikalara yer verilmiştir¹³².

10. Kalkınma Planında, Nüfus Dinamikleri başlığı altında durum analizi yapılmıştır. Buna göre, ülkemizin nüfusu 2012 yılı sonunda 75,6 milyona ulaşmıştır. 2006 yılında nüfus artış hızı binde 12,2 iken, 2012 yılında binde 12'ye düşmüştür. 2006 yılında 2,12 olan toplam doğurganlık hızı, 2012 yılında 2,08'e gerileyerek nüfusun kendini yenileme seviyesi olan 2,10'un altına inmiştir. Eğitim ve gelir seviyesinin yüksek olduğu toplum kesimlerinde bu hız 1,02'ye düşmektedir. Doğuşta beklenen yaşam süresi 2013 yılı itibariyle 76,9 yıla ulaşılacağı tahmin edilmektedir. TÜİK 2013 tahminlerinde önlem alınmaması halinde, toplam nüfusun 2023, 2050 ve 2075 yıllarında sırasıyla, 84,2 milyon, 93,5 milyon ve 89,2 milyon kişiye ulaşması beklenmektedir. Bebek ölüm hızının gerilemesi ve doğuşta beklenen hayat süresinin uzaması sonucunda yaşlı nüfusun toplam nüfus içindeki payı artmaktadır. Çalışma çağı nüfusunun (15-64 yaş) bakmakla yükümlü olduğu nüfus gelecekte artacak ve üretken nüfusun payı azalacaktır. Tedbir alınmaması durumunda 2038 yılından itibaren çalışma çağı nüfusunun, 2050 yılından sonra toplam nüfusun azalmaya başlayacağı öngörülmektedir. Bu kapsamda nüfus politikalarıyla doğurganlık hızının artırılması, yaşlanan nüfusa yönelik etkin ve uygun zamanlı politikaları geliştirilmesi ihtiyacı belirtilmektedir. Kalkınma planında göç politikalarının esaslarına da yer verilmiştir.

10. Kalkınma Planının nüfusa ilişkin amaçları: genç nüfusumuzun yarattığı demografik fırsattan azami fayda sağlanması, üretken ve dinamik nüfus yapısını koruyarak nüfusun yaşam kalitesinin yükseltilmesi ve ülkemiz

¹³² T.C. 10. Kalkınma Planı giriş hükümleri, kn. 2, 3, 8 ve 9.

ekonomisini destekleyecek etkin göç yönetimi; nüfus politikalarıyla toplam doğurganlık hızını aşamalı olarak yükseltmek olarak saptanmıştır.

10. Kalkınma Planının Nüfus Politikaları başlığı altındaki amaçları: 1- Genç ve dinamik nüfus yapısı korunarak doğurganlık hızındaki düşüşü önlemek için kadınların iş ve aile yaşamını uyumlaştırıcı nitelikte uygulamalar ile çalışanlar için doğuma bağlı izin ve hakları geliştirmek, kreşleri teşvik etmek, esnek çalışma imkanları sağlamak, 2- Artan yaşlı nüfusun aktif hayat sürmesi, sağlıklı, güvenli yaşam şartlarına erişiminin sağlanması, toplumda kuşaklar arası dayanışmayı güçlendirmek, 3- Nüfus kayıt sistemlerini doğum, ölüm, göç verilerinin güncel takibine imkan verecek şekilde geliştirmek, 4- Ülkenin sosyoekonomik yapısını destekleyecek seçici yaklaşımla nitelikli yabancı işgücünü artırma, yabancı kaçak işçi sayısını azaltmak, yurtdışında yaşayan vatandaşların sorunlarının çözümü yönünde çaba sarf edilerek ülkemizle bağları güçlendirmek, ülkemize gelen göçmenlerin ülkeye uyumunu desteklemek, şeklinde belirtilmiştir¹³³.

10. Kalkınma Planında aile ve kadına ilişkin durum analizi yapılmıştır. Önceki kalkınma planındaki, aile eğitim programları, ailelere danışmanlık hizmetleri yaygınlaştırılmış, yoksul ailelere sosyal yardımlar artırılmış; sosyal yardım ve hizmetlerde aileyi esas alan yaklaşıma geçilmiştir. Kadının sosyal statüsünün güçlenmesi, işgücüne katılımı ve karar süreçlerinde etkinliği artmış, kadının anayasal statüsünü iyileştirmek amacıyla pozitif ayrımcılık ilkesi getirilmiş, kadına karşı şiddetin önlenmesi için düzenlemeler yapılmış, mevzuatımızdaki kadın erkek eşitliğinin sosyal hayatta gerçekleştirilmesine yönelik ihtiyaçlar doğrultusunda istihdam, karar alma, aktif katılım, şiddetin önlenmesi, eğitim ve sağlık konularında iyileştirmelerin sürdürülmesi, etkinliğin artırılması ihtiyacının devam ettiği belirtilmiştir. Ülkemizde geniş aileden çekirdek aileye geçişin sürdüğü, aile üyeleri arasındaki ilişkinin değiştiği, aile içi sorunların çözümüne dönük ihtiyaçların bulunduğu tespiti yapılmıştır¹³⁴.

¹³³ T.C. 10. Kalkınma Planı, 54-56.

¹³⁴ T.C. 10. Kalkınma Planı, 43.

Bu tespitlerden hareketle, aile yardımlarının gelişmesi, ailede danışmanlık ve eğitim hizmetlerinin kapsamlı, standart, etkin ve yaygın hale getirilmesi, evlilik öncesi eğitimi, sosyal yardım ve hizmetlerin sunulması yönünde politikalar belirlenmiştir.

Ülkemizde 2012 yılı verilerine göre çocukların (18 yaş altı) nüfusun yüzde 30'unu, gençlerin (15-24) yüzde 16,6 bölümünü oluşturmaktadır. 15-29 yaş gurubundakilerin yüzde 31,4'ü eğitimde, yüzde 47,1'i çalışmaktadır¹³⁵.

10. Kalkınma Planında; sosyal koruma alanında gelir dağılımı adaletinin sağlanması ve yoksullukla mücadelenin sürdüğü, bu kapsamda günlük geliri 4,3 Doların altındaki nüfusun oranı 2006 yılında 13,3 seviyesinden 2011 yılında 2,8'e düştüğü belirtilmiş, sosyal hizmet ve yardım alanında faaliyet gösteren kurumlar Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı altında faaliyet göstermektedir¹³⁶.

İstihdam ve çalışma açısından önemli bir gösterge olan işsizlik oranı 2006 yılı itibariyle 10,2 iken 2013'te 9,2'dir. 2018 yılı tahmini 7,2'dir¹³⁷.

Sosyal güvenlik alanında 2006 yılında 77,9 olan sigortalı nüfus, 2012 yılı sonunda 82,8'e yükselmiştir¹³⁸.

Türkiye'de kişi başına gayrisafi milli hasıla 2006 yılında 7.000 Dolar iken 2013 yılında 10.000 Dolar üzerinde gerçekleşmiştir. Ekonomiye tarımın katkı payı azalırken sanayi seviyesini korumakta, hizmet sektörününki ise artmaktadır¹³⁹.

¹³⁵ T.C. 10. Kalkınma Planı, 44.

¹³⁶ T.C. 10. Kalkınma Planı, 46.

¹³⁷ T.C. 10. Kalkınma Planı, 71.

¹³⁸ T.C. 10. Kalkınma Planı, 52.

¹³⁹ T.C. 10. Kalkınma Planı, 71.

§2. TARİHSEL GELİŞİM

A. İlkel Ceza Hukuku

Gebelikten korunma ve istenmeyen gebeliğin sonlandırılması fiilleri insanlık tarihi kadar eskidir. Tarihsel süreçte çocuk düşürtme ve düşürme fiillerinin hukuki değerlendirmesine baktığımızda, bu fiillerin giderek daha hafif cezalandırılması yönünde bir gelişme olduğunu tespit etmek mümkün değildir. Bazen ileri sürüldüğünün aksine, çocuk düşürtme ve düşürme fiillerine ilişkin hukuki düzenlemelerin sürekli liberalleşme yönünde bir gelişim kaydettiği söylenemez¹⁴⁰.

I. Çin Ceza Hukuku

Çocuk düşürme için yazıldığı bilinen ilk reçetelere Kral Shen Nung'un dönemi eski Çin yazıtlarında (M.Ö. 2737-2696) rastlanmıştır¹⁴¹. Antik Çin düşünürlerince, nüfus ile geçim kaynakları arasındaki ilişki kurulmuş, nüfusun uygun düzeyde tutulması, doğurganlığın sınırlandırılması amacıyla çeşitli yöntemlere başvurulmuştur. Eski Çin'de baba çocukları üzerinde kesin ve sınırsız otoriteye sahiptir¹⁴². Babanın çocuklarını tedip hakkı, geniş yetkileri ihtiva eder. Örneğin baba, çocuklarını öldürmeye kadar gidebilir ve fiili cezalandırılmazdı. Ancak fiilin öldürme kastı taşımaması ve aşırılığa gitmemesi gerekirdi. Babanın çocuğu kasten öldürmesi cezalandırılmayı gerektirirdi. Uygulamada ise baba cezalandırılmadığından çocukların babaları tarafından öldürülmesi yaygındı¹⁴³. Bu nedenle Han Hanedanlığı (M.Ö. 206 – M.S. 220) döneminde çocukların öldürülmesi, gebe kadınlara şiddet uygulanması cezalandırılmaya başlandı. Tang Hanedanlığı döneminde ise gebe

¹⁴⁰ Arzt/ Weber/ Heinrich/ Hilgendorf, § 5, kn.1.

¹⁴¹ Yarsuvat 451; Çokar, 54; Simson G. /Geerds, F., Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte, München 1969, 84.

¹⁴² Okandan, R., Umumi Hukuk Tarihi Dersleri İstanbul 1952, 3.

¹⁴³ Okandan, 34; Görkey, 80.

kadına şiddet uygulayarak ölümüne neden olmak idam cezası ile cezalandırılmıştır¹⁴⁴.

II. Mısır Ceza Hukuku

Çocuk düşürme ve vasıtalarına ilişkin bilgiler Mısır'da Eber Papirüslerinde (MÖ. 16. yy.) yer almaktadır. Eski Mısır Kanunlarında çocuk düşürmenin yasaklanmadığı görülmektedir¹⁴⁵.

III. Mezopotamya Uygarlıkları Ceza Hukuku

Sümer Yasalarında çocuk düşürmenin suç sayıldığına ilişkin elimizde bilgi bulunmamaktadır. Sümer Hukuku, kendisinden sonraki Hammurabi Yasalarına kaynaklık etmiştir¹⁴⁶.

Babil hükümdarı Hammurabi (M.Ö. 2123-2081), Hammurabi Yasalarını, Sümer Yasalarından yararlanarak hazırlatmıştır¹⁴⁷. Hammurabi Kanunlarında, özgür bir kadının çocuğunun düşürülmesi kadının ölümünü sonuçlamışsa, kısas olarak, failin çocuğunun öldürülmesi öngörülmüştür¹⁴⁸. Yine, kadına şiddet uygulanarak çocuğunun düşmesine sebep olunması halinde para cezası uygulanmıştır¹⁴⁹.

Asur Yasalarına (M.Ö. 1450-1250) göre çocuk düşürme ve düşürülmesine sebebiyet verme suç sayılmıştır. Cezaların tayininde suçlunun özgür olup olmadığı nazara alınmış, herkes için aynı ceza kabul edilmemiştir. Asur Hukuku çocuğunu düşüren kadına ölüm cezası öngörmüştür. Kadın

¹⁴⁴ Çokar, 54; Görkey, 81.

¹⁴⁵ Simson/ Geerds, 83.; Krş. Jütte, R., Geschichte der Abtreibung, Von der Antike bis zur Gegenwart, München 1993, 27.

¹⁴⁶ Okandan, 106 ve 114; Bkz. Çığ, M.İ., Uygarlığın Kökeni, Sümerliler 2, İstanbul 2012, 110-114.

¹⁴⁷ Okandan, 118 vd.

¹⁴⁸ Yarsuvat, 451; Simson/ Geerds, 84.

¹⁴⁹ Hammurabi Kanunları 207-209, 211, 213. Bkz. Tosun, M./Yalvaç, K., Sümer, Babil, Asur Kanunları Ammi-Şaduqa Fermanı, TTK Yayınları, 7. dizi, sayı 67, Ankara 1975, 206; Görkey, 80; Jütte, 27.

çocuğunu düşürürken kendisi de ölüşe, kadın gömülmez, mezarı yapılmaz, menfur sayılırdı. Şayet bir kimse müessir fiil neticesinde özgür bir kadının çocuğunun düşmesine sebebiyet vermişse; elli değnek, bir ay kral angaryasında çalışma ve belli bir para cezasına mahkum edilirdi. Eğer kadının başka çocuğu yoksa ya da müessir fiil neticesi kadın da ölmüşse, suçluya ölüm ceza verilirdi¹⁵⁰.

Hitit uygarlığında (M.Ö. 1650 – 1200), Kral III. Hatusilis (M.Ö. 1290) tarafından hazırlatılan Hitit Yasası'nın ceza hukuku hükümleri kapsamlı, önceki uygarlıklara göre insani ve ölçülüdür. Genellikle suçtan doğan zararın tazmini ilkesi (fidye) kabul edilmiş, suçun niteliği ve kastın varlığına göre miktarı değişen bir tazminatın mağdura ödenmesi öngörülmüştür. Hitit Hukukunda cezalandırma yetkisi esas olarak devlete aitti¹⁵¹.

Hitit Yasası'nda insan öldürmeye ve yaralamaya dair hükümler 1 ila 18. maddeler arasında düzenlenmiştir. Hitit Hukuku çocuk düşürmeyi suç saymış, ceza olarak tazminat esasını kabul etmiş, tazminatın miktarını kastın bulunup bulunmamasını nazara alarak tayin etmiştir. Yine müessir fiil sonucu özgür olsun veya olmasın kadının çocuğunun düşmesine sebebiyet veren kimseye, gebelik süresinin artmasıyla ağırlaşan para cezası tayin edilmiştir¹⁵². Çocuk düşürme suçuna ilişkin Hitit Yasasının 17. maddesi; **“Bir kimse özgür bir kadının çocuk düşürmesine sebep olursa, onuncu ayında (Hitit takvimine göre) ise on şekel gümüş versin, beşinci ayında ise beş şekel gümüş versin”** şeklindedir. 18. maddede ise; çocuk düşürme suçu mağdurunun köle olması halinde verilecek para cezasını yarısı oranında tayin edilmiştir¹⁵³.

Musa'dan önceki İbrani kanunlarında çocuk düşürme yasak değildi¹⁵⁴. İbrani hukuku teolojik özellik taşımakta ve ana kaynağını Tevrat oluşturmaktadır.

¹⁵⁰ Orta Asur Kanunları, m. 20, 49, 51, 53, Bkz. Tosun/Yalvaç, 248 ve 255; Görkey, 80.

¹⁵¹ Okandan, 194 vd.

¹⁵² Okandan, 204-207.

¹⁵³ Doğan, Erdal; Hitit Hukuku, İstanbul 2012, 109, 122; Jütte, 27.

¹⁵⁴ Yarsuvat, 452.

Tevrat'ta, ihtiyariyle çocuk düşürmeyi yasaklayan ve cezalandıran açık bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁵⁵.

Ana rahmindeki çocuk gebe kadının vücudunun parçası olarak değerlendirilmiştir¹⁵⁶. Ceninin bağımsız bir hukuki statüsü yoktur¹⁵⁷.

Tevrat'ta gebe bir kadına vurarak çocuğunu düşürten, kadının kocasına üremesini, çoğalmasını engellediği için yargıçlarca tayin edilecek para cezasını ödemeye mahkum edilir. Eğer kadına karşı işlenen yaralama nedeniyle kadın ölmüşse fail ölüm cezasına çarptırılır¹⁵⁸. Kadın ölmeyip vücudunda zarar meydana gelmişse, aynı zarar faile uygulanır. Kadın ölmemişse, failin kadını kocasının takdir edeceği tazminatı ödemesine karar verilir¹⁵⁹.

Buna karşılık Flavius Josephus, Jewish Antiquities adlı eserinde eski İbrani Hukukunda çocuk düşürmenin yasak olduğunu belirtmiştir. Kanun tüm çocukları büyütmeyi emreder. Kadınların çocuk düşürmesini veya dölün zayiini yasaklamaktadır. Bu fiili işleyen kadın çocuğunu öldürenle eş tutulur. Çünkü bir ruhun kaybına sebebiyet vermiş ve insanlığı azaltmıştır¹⁶⁰.

Bu durum, Musevilikte gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin genel bir görüş birliğinin olmadığını göstermektedir¹⁶¹. Bu, sorunun doğa bilimlerine göre değil, dini kriterlere göre cevaplandırılmak istenmesinden kaynaklanmaktadır. Tevrat'ta yaşam, çoğunlukla nefisle bir tutulmuştur. Ceninin can ve ruh kazanmasına bakılır. Tevrat'ta döllenen yumurtanın kırkinci güne kadar yalnızca bir sıvıdan (maim b'alma) ibaret olduğu belirtilmiştir¹⁶².

¹⁵⁵ Jütte, 28.

¹⁵⁶ Yarsuvat, 451.

¹⁵⁷ Jütte, 28; Eser / Koch, (1999), 52.

¹⁵⁸ Josephus, F., Jewish Antiquities (çev. William Whiston), Hertfordshire 2006, 4:278, 165 vd.

¹⁵⁹ Jütte, 28.

¹⁶⁰ Josephus, 2:202, 71; krş. Jütte, 28 vd.

¹⁶¹ Eser /Koch, (1999) 51.

¹⁶² Parry, A. (çev. Estraya Seval Vali), Talmut nedir? İstanbul 2008, 288.

Tevrat'ta “çoğalınız ve dünyaya yayılınız” emrine dayanılarak, gebeliğin sonlandırılmasının kişinin isteğine bağlı olmadığı ve serbest bırakılmadığı ileri sürülmektedir¹⁶³. Tevrat'ta; cenin potansiyel yaşam olarak görülmekle beraber bağımsız bir yaşama sahip değildir ve doğana kadar insan sayılmaz¹⁶⁴. Cenin ancak başı rahimden çıktığı zaman “bağımsız” bir insana dönüşür¹⁶⁵. Annenin vücudunun bir parçası ve babanın sahipliğindedir.

Bu nedenle uygulamada bir cenini yok etmek cinayet sayılmaz. Tevrat'a göre, kişi ancak tam ve yaşama kabiliyeti olan bir insanı öldürmekten dolayı sorumlu tutulabilir¹⁶⁶.

Tevrat hukukuna göre; gebeliğin sona erdirilmesini kural olarak yasak olduğu savunulmakla beraber, bu görüşte olanlar dahi gebe kadının hayatının tehlikede olması durumunda kadının yaşamının korunması gerektiğini kabul eder. Ayrıca, gebeliğin kadını intihara sürükleyecek ruhsal bir baskı oluşturması da zaruret hali olarak görülmüştür. Yine, kadının toplumda aşağılanması gibi sebepleri dahi zaruret hali kapsamında sayanlar bulunmakta, zaruret hali geniş yorumlanmaktadır. Zaruret hali olmaksızın gebeliğin sonlandırılması suretiyle doğacak çocuğun yaşam şansının engellenmesi ya da yok edilmesi yasak kabul edilmektedir.

Musevilikte gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak, gebelikte kadının kendini iyi hissetmesinin esas olduğu vurgulanarak; kapsamlı, fiziksel ve ruhsal sağlık sebepleriyle gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmektedir¹⁶⁷.

¹⁶³ Eser / Koch, (1999) 52; İsrail'de ceninin bağımsız bir hukuksal değer olarak korunması ya da kadının yararlarından ziyade halkın varlığını sürdürmesi ve çoğalması yararına ilişkin Tevrat hükümlerine dayanılarak, muhafazakar Musevi din adamlarınca, gebeliğin sonlandırılmasına karşı çıkılmakta ve gebeliğin sonlandırılması insan öldürme ile eş tutulmak istenmektedir.

¹⁶⁴ Eser / Koch, (1999) 52.

¹⁶⁵ Parry, A., 289.

¹⁶⁶ Parry, A., 289; Tevrat'ta gebeliğin sona erdirilmesine değil ancak doğuma yardıma ilişkin olarak doğum sırasında anneyi yaşatmak için çocuğun öldürülebileceği belirtilmiştir. Kadın doğum yapamıyorsa cenin ana rahminde parçalanarak çıkarılarak (perforasyon) kadının hayatının korunması gerekir. Buna karşılık çocuk büyük ölçüde doğmuş, başı rahim dışına çıkmış ise bir yaşam değerine tercih edilemeyeceğinden çocuğun öldürülmesinin yasak olduğu görüşü ileri sürülmüştür.

Ayrıca, bütün Musevi mezhepleri arasında, gebe kadının yaşamı için tehlike oluşturuyorsa gebeliğin sonlandırılması dini bir yükümlülük olarak kabul edilmektedir.

IV. Eski Yunan Ceza Hukuku

Eski Yunan'da aile "gens" şeklinde geniş anlama sahipti. Zamanla aile kavramı daralmıştır. Ailede koca, geniş yetkilere sahiptir. Babanın karısı ve çocukları üzerinde mutlak ve sınırsız bir otoritesi vardı. Kadın, kocasının malı mesabesindeydi. Kadının sosyal ve hukuki durumu düşüktür; ailede işlevi çocuk doğurmak, ailenin işlerini görmektir. Isparta Sitesinde ise, kadın kocasının otoritesine tabi değildir. Isparta Sitesinde kadın için tam bir serbesti söz konusudur¹⁶⁸.

Yunan Sitelerinde çocuklar babanın mutlak otoritesi altındadır. Baba çocuklarını istediği gibi cezalandırmak ve hatta onları esir olarak satmak hakkına sahipti. Ancak, babanın çocukları üzerindeki mutlak otoritesini sınırlamak amacıyla bazı sitelerde önemli girişimler yapılmıştır. Örneğin, Atina Sitesinde Solon kanunlarında bu mutlak otoriteye bazı sınırlamalar koymuştur. Babalarının çocuklarını öldürme, esir olarak satma hakkı kaldırılmıştır.

Yunanistan'da, tamamen istisnai nitelikte babanın çocukları üzerindeki mutlak otoritesini kabul etmeyen sitelere de rastlanmaktadır. Nitekim Isparta Sitesinde hakim olan esaslara göre, baba için hiçbir otorite, hiçbir hak kabul edilmemiştir. Ispartalılar çocukların baba ve analarından ziyade Site'ye aittir, çocuklar üzerindeki hak ve yetki Site'ye tanınmıştır. Isparta'da bünyesi zayıf doğan çocuklar uçuruma atılarak öldürülürdü. Sağlıklı çocukların yaşamasına izin verilir, 7 yaşından sonra, askeri kurumlarda sıkı disiplin altında yetiştirilirler ve Site'nin otoritesine tabi kılınırlardı¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Parry, A, 291.

¹⁶⁸ Okandan, 277.

¹⁶⁹ Okandan, 277 vd.

Atina'da çocuk düşürme cezalandırılan bir fiil değildir. Sıkça uygulanan çocuk düşürme Atinalılar tarafından kınanan bir fiil değildir. İlk defa Solon yasalarıyla çocuk düşürmenin yasaklandığı belirtilmiştir¹⁷⁰.

Ancak çocuk düşürmenin bir suç sayılabilmesi için, kadının kocasının rızası hilafına çocuğunu düşürmesi veya düşürtmesi lazımdır. Eğer, kadın kocasının isteği üzerine çocuğunu düşürmüş veya düşürtmüş ise, bu takdirde kendisine bir ceza verilmezdi. Çünkü Atina hukukuna göre, koca karısının çocuğunu düşürtebilir ve bu hususta hiçbir cezaya çarptırılmazdı¹⁷¹.

Eski Yunan'da Hipokrat yemininde yer alan "kadınlara çocuk düşürmek için ilaç vermeyeceğim..." sözlerinden hareketle Hipokrat okulunun gebeliğin sonlandırılmasına karşı olduğu düşünülmüştür¹⁷². Hipokrat yeminini temel alan bazı hekimler gebeliğin sonlandırılmasına karşı çıkmışlardır¹⁷³. Ancak, Hipokrat külliyatında gebelik sonlandırılmasına yönelik ayrıntılı bilgilere de rastlandığı¹⁷⁴, uygulamada buna olağan bir yöntem olarak başvurulduğu da belirtilmiştir¹⁷⁵.

Eski Yunan'da bazı filozoflar, gebeliğin sonlandırılmasını savunmuşlardır. Platon'a göre ceninin öldürülmesi ideal devletin uygulamalarındandır. Aristo, iyi yönetilen bir toplum oluşturmak için nüfusun belli sınırlar içinde kalması ve gebeliğin sonlandırılması gerektiğini ileri sürmüştür¹⁷⁶. Ancak ceninin erkekse

¹⁷⁰ Jütte, 35.

¹⁷¹ Okandan, 293.

¹⁷² Yeminin tam metni için bkz. Hippoktares, (çev. Hoşafçı, Ö.U.) İstanbul 2012, 119; Otacı, 33.

¹⁷³ Simson/Geerds, 84 vd.

¹⁷⁴ Hippoktares, 34.

¹⁷⁵ Yarsuvat, 452; Görkey, Ş., 81; Antik dönemde yumurtanın döllenmesi ve rahme yerleşmesi hakkında bugünkü embriyoloji bilgilerine sahip değildi. Erkek üreme hücrelerinin en erken yedi gün sonra kadın vücudunda tutulduğu (consipere – festhalten) kabul edilirdi. Bu nedenle, yedi güne kadarki müdahaleler çocuk düşürme şeklinde nitelenmezdi. Hipokrat embriyoloji öğretisinden hareketle, daha ileri gidilerek cinsel birleşmeden kırk gün sonra ceninin oluşacağını, öncesinde henüz şekillenmemiş bir kitle olduğu, bilahare şekillenip canlandığı kabul edilirdi. Bu görüşün Hıristiyanlığı uzun süre ve kalıcı şekilde etkilediği düşüncesi için bkz. Simson/Geerds, 86; Jütte, 30, 34.

¹⁷⁶ Okur/Bayraktar, 6; Jütte, 29.

döllenmeden 40 gün sonra, kız ise 80 gün sonra ana rahminde hareket etmeye başladığına inanan Aristo, bu aşamadan sonra gebeliğin sonlandırılmasına karşı çıkmıştır. Platon'un görüşlerini izleyenler ve Stoa'cılar Aristo'nun bu görüşlerine katılmamış; insanın hareket etmesini doğum anı olarak kabul edip tüm gebelik boyunca uygulanan kürtajı savunmuşlardır. Pisagor okulu ise, tamamen farklı bir görüşe sahiptir. Ceninin döllenme anından itibaren canlılık ve ruha sahip olduğunu; bu itibarla gebelik sonlandırmasının canlılığın yok edilmesi anlamı taşıdığını kabul etmişlerdir¹⁷⁷.

V. Roma Ceza Hukuku

Roma ceza hukukunun gelişimi diğer hukuk dallarına göre daha sınırlı ve geçtir¹⁷⁸.

Roma'da ilk devirlerde çocuk düşürme (procuratio abortus) suç sayılmamıştır¹⁷⁹.

Roma'da da Eski Yunan'da olduğu gibi cenin kadının bir parçası (pars viscerum matris) kabul edilirdi¹⁸⁰. Yine, aile reisinin (pater familia) çocukları üzerinde mutlak hakimiyet hakkı bulunmaktaydı. Yeni doğan çocuk, babası tarafından kabul edildiği takdirde yaşayabilir, aileye katılabilirdi. Çocuk düşürme, çocukların terki ve öldürülmesi Roma yaşamının bir parçasıydı. Doğum sırasında ölen annenin çocukları da genellikle öldürülürdü. Stoacı düşünürlerden Seneca, zayıf doğan çocukları suda boğduklarını açıkça

¹⁷⁷ Görkey, 81; Jütte, 30-31; Yazarın aktarımına göre, doğmamış çocuğun yaşam hakkı Yunan Sitelerinde söz konusu değildi. Hukuki korumadan yoksunluk, çocuk düşürmeye ilişkin hukuki - ahlaki değer yargısı büyük ölçüde ceninin bağımsız bir yaşama sahip olup olmadığına, insan ruhunu ne zaman kazandığına bağlıdır. Sokrates öncesi düşünürler ana rahmindeki ceninin ruha sahip olmadığı kanaatindeydi. Yunan toplumundaki mitolojik inanca göre, ruh kazanma muhtemelen doğum esnasında nefes almakla çocuğun bedenine girerdi. Prometheus ve Athena'dan olan ilk insan havayla ruha kavuşur. Ruhun göç ettiği öğretisini geliştiren Yunan filozofu Pitagoras (M.Ö. 6.yy) da benzer görüşlere sahiptir.

¹⁷⁸ Roma Ceza Hukukundaki gelişim için bkz. Okandan, 456 vd.

¹⁷⁹ Okandan, 482; Simson / Geerds, 85.

¹⁸⁰ Arzt./ Weber / Heinrich / Hilgendorf, § 5, kn.2.

yazmıştır. Roma'da henüz doğmamış çocukları koruyan bir yasa kural olarak yoktu ve çocuk düşürme yasaklanmamıştı¹⁸¹.

Krallık dönemi yasalarında çocuk düşürme daima ağır ahlaka aykırılık olarak görülmüş ve kocaya çocuk düşürme fiilini işleyen karısından boşanma hakkı tanınmış ise de; bu fiil ne cumhuriyet döneminde ne de erken krallık döneminde suç sayılmıştır¹⁸².

İmparatorluk devrinde Septimius Severus'den (193-211) itibaren bu fiil suç sayılarak ağır şekilde cezalandırılması cihetine gidilmiştir¹⁸³. Örneğin, bir kadının çocuğunu düşürten kimse, bu durum kadının da ölümüne sebebiyet vermişse, ölüm cezasıyla cezalandırılırdı¹⁸⁴. Kocasının rızası olmaksızın çocuğunu düşüren evli kadın sürgün cezasına çarptırılırdı¹⁸⁵. Bu fiilin cezalandırılma sebebi, kocanın neslini sürdürme hak ve beklentisinin ihlalidir¹⁸⁶. Bekar kadınların bu konuda özgür olduğu kabul edilmiş, fetüs kadının vücudunun bir parçası (pars viscerum matris) olarak kabul edilmiştir.

Lex Salica (M.S.507), çocuk düşürme ve yeni doğan çocuğu öldürmeyi suç saymıştır. Ana karnındaki çocuğu öldüren kişiye dört bin dinar para cezası tayin edilmiştir. Henüz adı konmamış çocuğun doğumdan hemen sonra öldürülmesi de yüz şilin para cezasıyla cezalandırılmıştır.

¹⁸¹ Görkey, 82.

¹⁸² Mommsen, T., Römische Strafrecht, Dramstadt 1955, 636; Maurach/Schröder/Maiwald, 78.

¹⁸³ Mommsen, 637; Yazar, Severus döneminde bu fiillerin olağandışı bir biçimde, zehir katmaya karşı dayanılarak tazminat kabilinden ceza ve sürgün cezası ile eğer kadının ölümüne yol açılmışsa da ölüm cezası ile cezalandırıldığını belirtmektedir.; Jaehnke, B., StGB, LK, c. 5, Berlin 1989, Vor § 218 kn. 3; Jütte, 42.

¹⁸⁴ Mommsen, 637; Okandan, 482.

¹⁸⁵ Simson / Geerds, 85.

¹⁸⁶ Arzt/ Weber/ Heinrich/ Hilgendorf § 5, kn.2.

Justinian döneminde de çocuk düşürme yasaklanmış, ancak bununla cenin değil, babanın hakimiyet ve neslini sürdürme haklarının korunması amaçlanmıştır¹⁸⁷.

Bu yasalarda babanın rızasıyla gerçekleştirilen çocuk düşürmeler cezalandırılmazdı. Cenin annenin bir parçası sayıldığından evli olmayan kadınların çocuk düşürmesi cezalandırılmazdı.

Efes'li hekim Soranus ebelik ve kadın hastalıkları ile ilgili kitabında gebelik sonlandırmalarının rastgele yapılmasının anne sağlığını tehlikeye koyduğunu, gebelik sonlandırması için nelerin yapılması gerektiğini ayrıntılı olarak açıklamıştır¹⁸⁸.

Roma'da Hıristiyanlığın resmi din olarak kabulünden sonra, Konstantin zamanında Roma Hukukunda değişiklik yapılarak çocuk düşürme fiili adam öldürme fiili ile eşdeğer tutulmuş ve ölüm cezası ile cezalandırılmıştır¹⁸⁹.

B. Ortaçağ Ceza Hukuku

I. Kanonik Ceza Hukuku

1. Katolik Kilisesi

Çocuk düşürtme ve düşürme fiillerinin yasaklandığına ilişkin İncil'de açıklık bulunmamasına karşın¹⁹⁰, Hıristiyanlığın yayılma döneminde, özellikle M.S. 4.yy'dan sonra toplumda çoğunluk pagan inancının aksine, erken Hıristiyanlığa ilişkin belgelerde çocuk düşürtme ve düşürme , çocuk öldürme fiilleri telin edilmiş ve yasaklanmıştır. Aynı dönemde, Roma Katolik Kilisesince çocuk düşürtmek ve düşürmek açıkça yasaklanmıştır. I. ve II. yy.'da Hıristiyan Barnabas inancına ilişkin belgelerde çocuk düşür(t)me yasağı getirilmiştir.

¹⁸⁷ Görkey, 82.

¹⁸⁸ Görkey, 82; Jütte, 39.

¹⁸⁹ Yarsuvat, 452.

¹⁹⁰ Simson / Geerds, 85.

Hipokrat'ın embriyoloji öğretisinin etkisiyle Tertulian'ın, (MS.200) başlangıçtaki "gelecekteki insan" (Homo est qui est futurus) ifadesinden genellikle aksi görüşe sahip olduğu sanılırsa da, ilerleyen kısımda, "cenin organları teşekkül ettikten sonra, insan vasfı kazanır" demektedir. Aynı şekilde Augustinus (MS. 345 – 430), şerhinde, insan şeklini almış ve henüz insan şeklini almamış ayrımı yapmış; sadece insan şeklini almış cenine karşı öldürme suçunun işlenebileceğini açıklamıştır. Bu görüşü takiben, Hieronimus (MS. 345 – 420) insan suretini aldıktan sonra ceninin insan sayılacağını belirtmektedir¹⁹¹.

Antik dönem fizyoloji sorunu yerini, Hıristiyanlıkta ceninin ne zaman ruha kavuşacağı ve ahlak ve hukuk düzenince korunan insan niteliği kazanacağı sorununa bırakmıştır¹⁹². Kanonik Hukukta ruha kavuştuktan sonra cenini düşürmek, insan öldürmeyle eş tutulmuştur¹⁹³.

Hıristiyan teolojisinde uzun süre epigenizm adı verilen ceninin aşamayla ruha kavuştuğu inancı benimsenmiştir. Bunda, Aristo'nun canlanmaya (anima) ilişkin görüşleri etkili olmuştur. Aristo, ceninin önce bitkisel, sonra hayvani ve nihayet insani (rasyonel) aşamalardan geçerek ruh kazandığını açıklamıştır. Gebeliğin başlangıcından erkek çocukların kırkıncı günde, kız çocukların sekseninci günde akli melekeyle insan ruhunu kazandığı kabul edilmiştir¹⁹⁴. Thomas d' Aquin, Summa Theologica adlı eserinde bu görüşü benimsemiştir. Ancak, bu yazarın hocası Albert Magnus, ruhun aşamalı olarak kazanıldığı görüşüne karşı olmuş; insanın gebeliğin başlangıcından itibaren küçük bir insan yavrusunun geliştiğini ileri sürmüştür¹⁹⁵.

Aristo'nun ve orta çağın bu görüşleri, 19 yy.'da embriyoloji ve gelişim biyolojisi bilimlerinde kaydedilen gelişmeler karşısında belirsiz ve keyfi sayılmıştır.

¹⁹¹ Simson / Geerds, 86; krş. Jerouschek, G., Mittelalter. Antikes Erbe, weltliche Gesetzgebung und kanonisches Recht, in Geschichte der Abtreibung, (hrsg. Jütte, R.) München 1993, 47.

¹⁹² Simson / Geerds, 86.

¹⁹³ Arzt/ Weber/ Heinrich/ Hilgendorf, § 5, kn.3.

¹⁹⁴ Arzt / Weber/ Heinrich / Hilgendorf, § 5, kn.3.

¹⁹⁵ Geniş bilgi için bkz. Simson / Geerds, 87.

Hıristiyan inanç geleneğinde, İncil'deki arınmaya ilişkin kaynaklardan hareketle, dışı ceninin sekseninci günde ruha kavuştuğu görüşü de benimsenmiştir.

Dante, İlahi Komedi adlı eserinin Araf kısmının 25. bölümünde, ceninin gelişimine ilişkin zaman tayin etmeksizin, bitkisel, hayvani ruh kazanma aşamalarından geçerek bedeninin oluştuğunu, beyin yapısı tamam olmakla akli yetiye sahip insan ruhuna kavuştuğunu anlatır¹⁹⁶.

Katolik inancına göre, çocuk düşürtme ve düşürme günah olup, ağır yaptırıma tabidir. Ancak, canlanmış ceninin düşürtme ve düşürülmesi adam öldürme olarak nitelenerek sürgün ve bazen de ölüm cezası ile cezalandırılmıştır.

Ortaçağ'da Corpus Iuris Canonici (CIC)'ye göre cenin ruh kazanmadan önce çocuk düşürtme ve düşürme adam öldürme sayılmaz. Bu dönemde ceninin cinsiyetinin tayini mümkün olmadığı için, seksen güne kadarki çocuk düşürtme ve düşürme kiliseden çıkarılmayı (afroz) gerektiriyordu. Bu süreden önce, cenin annenin vücudunun parçası (pars discorum matris) sayılırdı.

Papa Sixtus V., döllenmeyle ruh kazanıldığı görüşünü kabul ederek gebeliğin her aşamasında ceninin öldürülmesini günah saymıştır. Fakat bu kural halefi XIV. Gregor tarafından 1591'de kaldırılmıştır. Papa Innocent XI 1679 tarihinde döllenmeyle ruhun kazanıldığı görüşünü papalık resmi görüşü olarak açıklamıştır. Ancak bu görüş, yaklaşık iki yy. sonra Kanonik Hukuk tarafından kabul edilmiştir¹⁹⁷.

Papa Pius IX, 1869 tarihinde ceninin ruha kavuşup kavuşmadığı ayırımını kaldırmıştır¹⁹⁸. Katolik öğretilerinde, ceninin aşamalı olarak ruh kazandığı, ana rahminde canlanma, ceninin organlarının teşekkül ederek insan biçimini alması ayırımlarına ilişkin görüş değişikliği 1918 tarihli Codex'de (Canon 2350 § I) yer

¹⁹⁶ Dante, A., İlahi Komedi, Araf (çev. Feridun Timur), Ankara 1956, 228-230.

¹⁹⁷ Simson / Geerds, 87 vd.

¹⁹⁸ Simson / Geerds, 88.

almış; ayırım ve istisna kaldırılmıştır¹⁹⁹. Almanca metinlerde cenin, çocuk olarak çevrilmiştir (1983 CIC. 871). Çocuk dölllenme anında ruha kavuşur. 1854 ve sonraki tarihlerdeki bu değişiklikte, bakire Meryem'in gebe kalmasına ilişkin doğma rol oynamıştır. Buna rağmen, 20. yy.'da yeni skolastik düşüncede de ceninin aşamalı şekilde ruh kazandığı eğilimi bulunmaktadır.

1965 tarihli Vatikan'daki II. Konsül toplantısında, yaşamın hakimi Tanrı'nın insanlara yaşamı koruma ödevi yüklediği, bu yükümün insan onuruna yaraşır şekilde yerine getirilmesi gerektiği açıklamıştır. Bu nedenle, yaşam döllenenmeden itibaren özenle korunmalıdır. Çocuk düşürtme, düşürme ve çocuk öldürme yüz kızartıcı suçlardır. 1987 tarihinde Hıristiyan öğretisi, gebe kadının döllennesinden itibaren yeni bir yaşamın başladığını, bu yaşamın ana – babaya ait olmayıp, yeni bir insana ait olduğu belirtilerek bir kez daha vurgulanmıştır. Böylece Kilise öğretisi insan biyolojisi üzerindeki araştırma sonuçlarını teyit ederek, dölllenmeyle oluşan zigotla, yeni bir insan bireyinin biyolojik kimliğinin oluştuğunu kabul etmiştir.

1983 t.li CIC.'de, kasten çocuk düşürtme ve düşürmenin aforoz yaptırımını gerektirdiği, bunun gebe kadın, hekim ve şeriklerine uygulanacağını; bu suçun oluşması için suç ve ceza ehliyetinin aranacağı, laik hukuktaki gibi esaslı hatanın, ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan sebeplerin önem taşıdığı açıklanmıştır.

1995 tarihinde Papa J.Paul II., Katolik Kilisesinin ölüm cezasına karşı olduğu gibi, dünyada yaygın olarak işlenen istemli çocuk düşürtme ve düşürme fiillerinin de ağır bir ahlaki ihlal oluşturduğunu, bunun masum insanların kasten öldürülmesi niteliği taşıdığını açıklamıştır.

Katolik Kilise öğretisinde, ertesi gün hapı olarak adlandırılan gebeliği önleyici ilaç kullanımı da tartışmalıdır.

¹⁹⁹ Simson / Geerds, 88.

2. Protestan Kilisesi

Reformistler, Hıristiyanlığın geleneksel yaklaşımından uzaklaşmış değildir. Martin Luther, çocuk sahibi olmayı Tanrıya hizmet olarak nitelemiş ve bu nedenle ceninin korunması gerektiğini açıklamıştır.

Hıristiyanlıkta, özellikle Katolik anlayış çocuk düşürülmesine şiddetle karşı çıkmıştır. Tutucu, dar bir anlayışa sahip Hıristiyanlık dünyası, takdis edilmeden ölen kişinin günahlarından arınamayacağı, inancı nedeniyle çocuğun düşürülmesini çocuk öldürme suçu (infanticide) kabul etmiştir²⁰⁰. Protestanlığın bu konudaki görüşü birlik göstermez; kısmen Katolik öğretinin tutumu benimsenirken, kısmen öjenik nedenlerle gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmektedir²⁰¹.

Ortaçağda, çocuk düşürme genellikle devletler tarafından suç sayılıp cezalandırılmıyordu. Bu fiillere karşı yaptırım uygulanması kiliseye bırakılmıştı. Kilise hukukunda ise, doğmamış çocuğun öldürülmesi cinayet olarak değerlendirilmiştir. Ancak bu, istisnasız değildir. 19. yy. sonuna değin hakim olan görüşe göre insan yaşamı ruha kavuşmayla başlar. Doğmamış çocuğun gebeliğin 40. gününde, kızlarda ise 80. Gününde ruha kavuştuğu kabul edilmiştir. Bu nedenle, 80. güne kadar işlenen çocuk düşürme fiilleri ceza hukuku kapsamında değildi. Bu süreden sonra işlenen çocuk düşürme fiili ölüm cezasını gerektiren bir suç sayılıyordu²⁰².

3. Cermen Ceza Hukuku

Cermen Hukukunda da çocuk düşürme esas olarak, Roma Hukukuna benzer şekilde değerlendirilmiştir²⁰³. Kanonik Hukukun etkilerinden önce

²⁰⁰ Yarsuvat, 452.

²⁰¹ Haft, F., *Strafrecht Besonderer Teil II*, 8. Auf. München 2005, 130.

²⁰² Eichmann, *das Strafrecht des Codex, Iuris Canonici*, 1920, 175; Halveck, *die Kirschlichen Strafgesetze*, 1899, 252 dn. 8, nakleden Jaehnke, *StGB, LK*, c. 5, Vor § 218 kn. 3, 7.

²⁰³ Jerouschek, 51, 52.

Cermen Hukukunda ceninin bağımsız olarak korunması düşüncesi bulunmuyordu²⁰⁴.

Çocuk düşürme fiili, gebe kadın tarafından işlenmesi halinde cezalandırılmıyordu. Hatta Lex Frisionum da açıkça gebelik mahsulünün düşürülmesine izin vermişti²⁰⁵. Cermen Hukukunda sadece kadının rızası hilafına çocuk düşürtme diyet cezasını (Wergeld) gerektiren bir suçtu²⁰⁶. Diyetin üst sınırı yeni doğanın öldürülmesi kadar olup; gebe kadının özgür olup olmamasına (Langabortlarda) veya ceninin erkek ya da dişi olmasına (Almanlarda) kademeli para cezası öngörülüyordu. Visigotlarda ise özellikle Hıristiyanlığın etkisiyle çocuk öldürme ile çocuk düşürtme ve düşürme suçları aynı sayılarak, gebe kadın ve iştirak eden kocasının çocuk düşürme fiilleri de cezalandırılması hüküm altına alınmıştı (MS. 642, Lex Visigothorum)²⁰⁷.

Daha sonraki zamanda, Kilisenin etkisiyle Lex Bavyera (M.S.750) örneğinde olduğu gibi, Cermenlerde de, çocuk düşürme suç sayılmış, cenin organları teşekkül ettikten veya ana karnında canlandıktan sonra çocuk düşürtme ve düşürme fiilleri cezalandırılmıştır²⁰⁸. Buna karşılık bu ve izleyen zamanlarda Frank ve Schwaben Hukuklarında çocuk düşürmeye ilişkin hüküm bulunmamaktadır. 1572 tarihli Sachsen yasalarında ilk defa kesin bir süre öngörülerek, gebelik süresinin yarısı geçtikten, yani ana rahmindeki çocuk hareketlenmeye ve bu hareketleri hissedilmeye başladıktan sonra çocuk düşürme ölüm cezası ile cezalandırılmıştır. Bu durum özellikle kadınların ortaçağda bu suçtan ötürü soruşturma ve kovuşturmayaya uğramalarında büyük bir iyileşme olarak nitelendirilmiştir²⁰⁹.

²⁰⁴ Arzt/ Weber / Heinrich/ Hilgendor, § 5, kn.2.

²⁰⁵ Jerouschek, 53.

²⁰⁶ Simson/Geerds, 88 vd.; Jerouschek, 51, 52.

²⁰⁷ Simson/Geerds, 89.

²⁰⁸ Jerouschek, 52.

²⁰⁹ Jerouschek, 66.

12 yy ile 15 yy arasında çocuk düşürtme ve düşürmeye ilişkin çıkarılmış herhangi bir yasa yoktur. Muhtemelen, Kanonik Hukuk uygulanmış ve diyet hakkı Kiliseye devredilmiştir. Ortaçağda çocuk düşürme suçları büyücülük (Zauberei) ve zehir katma (Giftmischerei) fiili kapsamında değerlendirildiği de belirtilmektedir²¹⁰.

Geç dönem Ortaçağ Alman Hukukunda çocuk düşürtme ve düşürme, çocuğun öldürülmesi (Vertun) ile eşdeğerde tutulmuş, bunda Kilise Hukuku etkili olmuştur²¹¹. Çocuk düşürtme ve düşürme (Abtreibung) kavramı ilk olarak 1532 t.li Constitutio Criminalis Carolinalis m. 133 hükmünde kullanılmış ve yaygınlaşmıştır²¹².

C. Yeni Zamanlar Ceza Hukuku

Ceninin ruha kavuşmasından sonra düşürülmesini cezalandıran Kilise hukuku anlayışı, Carolina Ceza Kanununun m. 133'te düzenlenen çocuk düşürme suçuna ilişkin hükmüne de yansımıştır. CCC m. 133 de ana karnında canlanmış gebelik ürününün (cenin) düşürülmesi fiili için ölüm cezası öngörülüyordu. Ceza, erkeklerde kılıçla, kadınlarda ise suda boğularak infaz edilirdi²¹³. Henüz canlanmamış ceninin düşürülmesi hali ise cezalandırılmıyordu. Hakim kanaate göre, ana karnında çocuğun hareketlenmesi, ceza sorumluluk sınırının başlangıcı olarak kabul ediliyordu.

1507 Bamberg Ceza Kanunundan beri çocuk düşür(t)me, tüm Avrupa Ceza Kodifikasyonlarında ölüm cezası ile cezalandırılmıştır.

1683 t.li Kral Kristian V. tarafından yürürlüğe konulan Danimarka Kanunu, gebelik mahsulünü öldüren hafif kadınların kesilen başının kazığa geçirilerek teşhir edileceğini öngörüyordu.

²¹⁰ Maurach/Schröder/Maiwald, 78; Jerouschek, 54.

²¹¹ Maurach/Schröder/Maiwald, 78.

²¹² Maurach/Schröder/Maiwald, 78; Simson/Geerds, 80.

²¹³ Haft, 130.

1734 tarihli İsveç Ceza Kanununda da çocuk düşürtme ve düşürme için ölüm cezası tayin edilmiştir.

İlk defa Joseph II tarafından yürürlüğe konulan 1787 t.li Avusturya Ceza Kanunu çocuk düşürtme ve düşürme suçunda ölüm cezasını kaldırdı.

Münferit Alman devletleri mevzuatlarında, çocuk düşürtme ve düşürme suçlarında ölüm cezası tayini, Aydınlanma Devrinin başlamasından itibaren artık takip edilmemiştir. Gebeliğin başlangıcından itibaren çocuk düşürme fiilleri cezalandırılmakla beraber, artık bu fiiller cinayet veya kasten adam öldürme suçu olarak görülmemiştir. Gebeliğin sonlandırıldığı evreye göre çeşitli ceza yaptırımları öngörülmüştür²¹⁴.

Bunu, 1794 t.li Prusya Genel Ülke Kanunu (PrsALR) izledi. Prusya Genel Ülke Kanununda (PrsALR) çocuk düşürme suçları, §§ 985-991 arasında düzenlenmiştir. Gebe kadının gebelik ürününü (Leibesfrucht) düşürmek için vasıtalar kullanması suç sayılmış ve altı aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür (§ 985). Gebe kadın bu şekilde vasıtalar kullanarak otuz haftayı geçmeyen gebelik ürününü düşürürse, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilirdi (§ 986). Gebeliğin otuzuncu haftasından sonra çocuk düşürülmüşse, sekiz yıldan on yıla kadar hapis cezası verilirdi (§ 987). Zararlı ilaçla veya sair yollarla çocuk düşürmeye kasten yardım eden kişi, gebe kadına verilecek ceza ile cezalandırılırdı (§ 988). Evvelce bu suçtan cezalandırılmış olmasa dahi, çocuk düşürme fiilini birden ziyade işleyen kişi alenen kırbaç ve ömür boyu kalebentlik cezasına çarptırılırdı (§ 989). Kadının rızası olmaksızın çocuğunu düşürten kişi, on yıldan ömür boyuna kadar kalebentlik cezasına çarptırılırdı (§ 990). Bir kadını kısırlaştırmak amacıyla ona zararlı ilaç veya sair vasıta veren veya sağlayan kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis ya da ağır hapis cezasına çarptırılırdı (§ 991)²¹⁵.

²¹⁴ Jaehnke, StGB, LK, c. 5, Vor § 218 kn. 3, 8.

²¹⁵ Bkz. Maurach/Schröder/Maiwald, 78.

İngiltere’de çocuk düşürtme ve düşürme suçlarında ölüm cezası 1837’de kaldırıldı; ancak 1803’ten önce de ölüm cezası verilebilmesi için, ceninin ana rahminde canlanmış olması gerekiyordu.

Çocuk düşürme suçlarının cezalandırılması 1791-1810 yılları arasında Fransız Devrimi ile kalktı. Bu dönemde Avrupa’da çocuk düşürmenin cezalandırılmasına karşı bir akım da ortaya çıkmıştı. Bu akım, 18. yy.’da zaman zaman ceza hukuku düzenlemelerin göz ardı edilmesini veya en azından gebe kadının işlediği çocuk düşürme suçlarının takip edilmemesini beraberinde getirmiştir.

Çocuk düşürme kavramı ilk defa, M.S. 1532 tarihli *Constitutio Criminalis Carolina*’da (CCC m. 133) diğer adıyla Kral V. Karl tarafından yürürlüğe konan Ceza Kanununda (*Peinliche Gerichtsordnung*) kullanılmış; ruha kavuşmuş ve ruha kavuşmamış cenin ayırımından hareketle, canlanmamış ceninin düşürülmesi oldukça hafif cezalandırılırken, canlanmış cenini düşürmek ağır suç sayılarak işkence ve ölüm cezasıyla cezalandırılmıştır²¹⁶. Bu nedenle, ceninin ne zaman canlandığına ilişkin zaman belirsiz kaldığından, bu durum hukuki ihtilafa yol açmıştır²¹⁷.

1751 tarihli *Codex Juris Bavarici Criminalis*’de gebeliğin ikinci yarısında, ceninin ana rahminde canlanmasından sonra çocuk düşürtme ve düşürmeyi suç sayarak bu suçların uygulama sahasını büyük ölçüde sınırlandırmıştır²¹⁸.

Aydınlanma Dönemi düşüncelerinin etkisiyle hazırlanan ve Alman hukuk tarihinin bir devrini birçok yönden yansıtan 1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Kanunu’nda çocuk düşürme suçlarında ölüm cezasını kaldırılmış, küçüklerin, bağımlıların ve yoksul kişilerin hukuki statüleri birçok noktada esaslı biçimde iyileştirilmiştir²¹⁹. Bu yasanın giriş hükümlerinde, insan yaşamının başladığı en erken evreden itibaren devletin hukuki koruması sağlanmıştır. PrsALR § 10

²¹⁶ Jerouschek, 66.

²¹⁷ Arzt/ Weber/ Heinrich/ Hilgendorf, § 5, kn.3.

²¹⁸ Maurach/Schröder/Maiwald, 78.

²¹⁹ Geniş bilgi için bkz. Jerouschek, 93 vd.

l, l'de ; “herkesin genel insan haklarına sahip olduğu ve ana rahmine düştüğu andan itibaren cenin de bu korumadan istifade edeceği” hükmü getirilmiştir. Bu ilke yasanın müteakip hükümlerine yansımamakla beraber, § 987'de; çocuk düşürmede ceninin gelişim aşamalarına göre ağırlaşan farklı cezalar tayin edilmiş, ancak ölüm cezası öngörülmemiştir.

19. yüzyıldan itibaren, çocuk düşürtme ve düşürme suçlarında ruha kavuşmuş ve kavuşmamış ceninin tayinine ilişkin zorunluluk kalkmıřtır²²⁰. Bu nedenle, 1813 tarihli Bayern Ceza Kanunu'nda gebeliğin başlangıcından itibaren çocuk düşürme ve düşürtme fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. Yasada, çocuğunu düşüren kadına 4 yıldan 6 yıla kadar zorunlu çalışma cezası öngörölmüş; çocuk düşürtme suçunu işleyen diğer kişiler için ise 16 yıldan 20 yıla kadar ağır hapis cezası tayin edilmiştir.

1870 Prusya İmparatorluk Ceza Kanunu'nda da çocuk düşürme ve düşürtme fiilleri yasaklanmış; 15 Mayıs 1871 tarihinde yürürlüğe konulan bu Ceza Kanunu'nun § 218 hükmünde gebe kadının çocuğunu düşürmesi fiili 5 yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılmıřtır²²¹. Hafifletici sebeplerin bulunması halinde ağır hapis cezasının hapis cezasına çevrilmesi öngörölmüştür

D. Modern Ceza Hukuku

1900 yılında Almanya'da, doğum kontrol vasıtalarının kullanılması, ticareti ve propagandasının yapılması bir yıla kadar hapis cezası öngörölmek suretiyle yasaklanmıştir.

Özellikle yoksul kesimden kadınlar istenmeyen gebeliklerini sonlandırmak amacıyla hayatını ve sağlığını tehlikeye koyan, güvensiz ve ilkel yollara başvurmuşlardır. 1908 yılında kadın hakları savunucusu Camilla Jellinek Federal Alman Kadın Dernekleri genel toplantısında StGB § 218'in kaldırılmasını talep etmiştir. Bu talep yoğun tartışmalara yol açmış, çoğunluk Jellinek'in önerisine katılmamıştır.

²²⁰ Arzt/ Weber/ Heinrich/ Hilgendorf, § 5, kn.4.

²²¹ Arzt/ Weber/ Heinrich/ Hilgendorf, § 5, kn.4-5.

1909 tarihinde Alman İmparatorluk Meclisi'nde cezanın hafifletilmesi amacıyla StGB § 218 hükmünün değiştirilmesine yönelik çok sayıda teklif verilmiştir. I. Dünya Savaşı sonrası 1919 tarihlerinde Almanya'da çocuk düşürme oranı bir tahmine göre %30, diğer bir tahmine göre ise %50'ye tırmanmıştır. Aynı zamanda yasal olmayan yollarla çocuk düşürme sebebiyle kadın ölümlerinde de büyük artış olmuştur.

Weimer Cumhuriyeti'nin kuruluşundan itibaren gebeliğin sonlandırılması yasağına karşı protestolar ve toplumsal muhalefet giderek artmıştır. Bu talepler, § 218'in kaldırılmasından süreye bağlı çözüm ve genişletilmiş indikasyon modeli ve sadece cezaların azaltılmasına kadar değişiklik göstermektedir²²². 1920 yılında Sosyal Demokrat Parti (SPD), İmparatorluk Meclisi'ne gebeliğin ilk üç ayı içinde sonlandırılmasının cezalandırılmaması yönünde teklifte bulunmuş ise de, Alman Meclisi'nin çoğunluğu tarafından reddedilmiştir. 1926 yılında çocuk düşürme fiilleri cürüm olmaktan çıkarılıp kabahate dönüştürülmüş ve cezası da ağır hapis cezasından hapis cezasına şeklinde değiştirilmiştir. SPD'nin talebi üzerine ağır hapis cezası hapis cezasına ve asgari ceza miktarı da 6 aydan 1 güne indirilmiştir. İlk defa tıbbi indikasyon kabul edilmiş, gebelik annenin yaşamı veya cenin için tehlike arz ediyorsa gebeliğin sonlandırılmasına imkan tanınmıştır. 1927 yılında Alman İmparatorluk Mahkemesi (RGST 61, 242) gebeliğin sonlandırılmasında ilk defa tıbbi indikasyonların kabulüne ilişkin karar vermiştir. Karar, gebelik annenin hayatını ve sağlığını tehlikeye koyuyorsa yasada yer almayan hukuka uygunluk sebebi olan zaruret hali mevcut olduğu ve bu halde gebeliğin sonlandırılmasının hukuka uygun olacağı gerekçesine dayandırılmıştır. Bu karar, 1935 yılından itibaren yürürlükteki StGB § 34. maddesindeki zaruret haline ilişkin hükmün düzenlemesine esas oluşturmuştur²²³.

²²² Dienel, C., Das 2. Jahrhundert (I) Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau, in Geschichte der Abtreibung, (hrsg. Jütte, R.), München 1993, 140 vd.

²²³ Maurach/Schröder/Maiwald, 78, kn.12.

F. Almanya'da 1928 yılında yapılan 45. Hekimler Birliği Toplantısı'nda yaklaşık 800.000 çocuk düşürmenin gerçekleştiği, 10.000 kadının öldüğü ve yaklaşık 50.000 kadının kalıcı sakatlıklara uğradığı tespit edilmiştir.

1929 yılında toplumunun önde gelen simaları StGB § 218'e karşı tavır almış ve bu konuyu işleyen edebi ve sanatsal eserler vermişlerdir. Bu eserlerde kadının toplumdaki ikincil statüsü ve doğum kontrol vasıtaları yasağının altı çizilmiştir. Bu mücadelenin doruğunda **“çocuk düşürdüm”** ve **“çocuk düşürmeye yardım ettim”** sloganlarıyla kendini açığa vurma kampanyası başlatılmıştır.

1932'de yazar ve hekim Friedrich Wolf ve meslektaşı Else Kienle Cinsellik Sağlığı ve Doğum Kontrolü Birliği'nin ücretsiz danışma merkezini açtığı için tutuklanmıştır. Bu tutuklama protesto hareketlerini yeniden beraberinde getirmiş, Albert Einstein hakim sınıf kadınlarından yönetici sınıfın eşlerinden gebeliğin sonlandırılmasının yasallaştırılmasına katkı sağlamalarını istemiştir. Her iki hekimin serbest bırakılmasından sonra hareketin hızı yavaşlamıştır. Ardından StGB § 218'in taraftarları seslerini yükseltmeye başlamışlar ise de, Nasyonel Sosyalizm ideolojinin etkisiyle Irsi Hastalıklardan Neslin Korunması Yasası 14.7.1933 tarihinde yürürlüğe konmuştur. Kişilerin rızası hilafına kısırlaştırma ve gebeliğin sonlandırması uygulamasına gidilmiştir. Aynı dönemde çocuk düşürtme ve düşürme ırkın varlığına ve sürdürülmesi aleyhine suç olarak nitelenmiş, ancak 9.3.1943 tarihli Kararname ile Yahudi asıllı ve doğulu işçiler bu yasak kapsamı dışında tutulmuştur. Bu durum, bazı ceza hukukçularınca da desteklenmiştir²²⁴. Böylece, tıbbi zorunluluklar yanında öjenik indikasyonlar kabul edilmiştir²²⁵. Ayrıca, 1933 tarihinde NS rejimi StGB §§ 219 - 220'de değişiklik yapmış, çocuk düşürtme ve düşürme suçlarının hapis cezasını belirgin biçimde ağırlaştırmıştır.

Almanya'da süreye bağlı çözüm ilk olarak 1970 t.de AE § 106'da önerilmiş,1974 tarihli 5. Ceza Hukuku Reform Kanunu ile gebeliğin

²²⁴ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf,§ kn.5; Maurach/Schröder/Maiwald, 78, kn.11; Simson-Geerts 83 vd.

²²⁵ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § kn.5.

başlangıcından itibaren on iki haftayı aşmayan hekime danışılarak istem üzerine gebeliğin tıbbi yolla sona erdirilmesine yasal izin verilmiştir. Bu süreden sonra tıbbi zorunluluk ve embriyo patolojik sebeplerle gebeliğin sona erdirilmesine yasal olanak tanınmıştır²²⁶.

Süreye bağı çözümü ilişkin hükümlerle 1975 yılında Alm. Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi üzerine²²⁷ 1976 yılında, tıbbi indikasyon ve embriyopatolojik indikasyonlar yanında yeni olarak kriminolojik indikasyonlar ile sosyal ve güçlük içinde bulunma indikasyonu kabul edilmiş ve yeni iki indikasyonun gebeliğin on iki haftasında uygulanabileceği kabul edilmiştir.

Doğu Almanya ile birleşme anlaşması uyarınca Doğu Almanya'da 1972'den beri yürürlükte olan on iki haftaya kadar gebeliklerin isteme bağı sona erdirilmesi 31.12.1992'ye kadar uygulanmıştır.

Almanya'nın tamamında uygulanmak üzere, 27.7.1992 tarihinde Gebe Kadınlara ve Ailelere Yardım Yasası yürürlüğe girmiş; gebe kadının danışarak, on iki haftayı aşmayan gebeliğini tıbbi yolla sonlandırması hukuka aykırı sayılmamıştır. Alman Anayasa Mahkemesi yasanın süreye ilişkin düzenlemesinin önce yürürlüğünü durdurmuş, 1993 tarihinde de iptal etmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca, ceninin yaşamını korumak yönünde gebe kadının aydınlatılmasından sonra on iki haftalık süre içinde hekim tarafından istem üzerine gebeliğe son verilmesi fiilin suç tipine uygunluğunu kaldıran sebep sayılmıştır²²⁸. Almanya'da halen yürürlükteki kanun 1995 tarihlidir.

Ayrıca Almanya'da 1.1.1991 tarihinde Embriyonun Korunması Yasası, 2002 tarihinde de Kök Hücre Yasası kabul edilmiştir. Embriyonun Korunması

²²⁶ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 5, kn.13.

²²⁷ BVerfGE 39, 1, nakleden Haft, 130; Rengier, R., Strafrecht Besonderer Teil II, 10. Auf., München 2009, 80; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 5, kn.8.

²²⁸ BVerfGE 88, 203, Haft, 130; Rengier, 80; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 5, kn.12-13.

Yasası §2'ye göre, yapay olarak üretilen ceninin kasten yok edilmesi ceza yaptırımına bağlanmıştır²²⁹.

§3. İNSAN HAKLARI HUKUKU

A. Uluslararası Sözleşmeler

I. Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri

1. Genel Olarak

Kadını hak öznesi olarak kabul eden ve erkeğe göre sınırlı haklara sahip olduğu düşüncesini reddeden yaklaşımla kadının kendi bedeni ve üremesiyle ilgili kararları bağımsız ve serbestçe alma hakkına sahip olduğu; kadının gebeliğini sürdürmek, doğum yapmak ya da kürtaj olmak gibi üremeye ilgili serbestçe karar verebilmesinin temel insan haklarından olduğu belirtilmiştir. Kadının bu temel hakkının, doğru bilgilendirilme hakkı, güvenli ve yasal kürtaj olanağına sahip olma hakkı gibi başka hakları da kapsadığı kabul edilmektedir. Kadının kaç çocuk yapacağı ya da gebeliğine son verip veremeyeceği kararlarının, kadın yerine devlet tarafından belirlenmesinin otoriter rejimlere özgü bir yaklaşım biçimi olduğu²³⁰, günümüzün eşitlik, özgürlük, demokrasi ve insan hakları anlayışıyla bağdaşmayacağı vurgulanmaktadır.

2008 yılında dünyada 86 milyon kadının istemeden gebe kaldığı tahmin edilmektedir. İstenmeyen gebeliklerin etkileri; kadının sağlığı, aile ilişkileri, ekonomik kaynakları, tıbbi yardıma erişme imkanları gibi birçok etkene bağlı olarak değişkenlik gösterir. Belirtilen ve sair etkenler, kadının gebeliğini sürdürerek çocuğunu doğurması ya da gebeliğini sonlandırması ya da sonlandırma arayışına girmesi kararı üzerinde etkilidir. Bu denli önemli,

²²⁹ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 5, kn.16.

²³⁰ Türmen, R; AİHM Kararları ve Kürtaj, 05.06.2012 tarihli Radikal Gazetesi, Kaynak: http://www.radikal.com.tr/yorum/kurtaj_ve_insan_haklari-1090136# [Erişim tarihi: 29.11.2013].

karmaşık ve zor bir kararı verecek kişinin, bizzat gebe kadın olduğu düşünülür²³¹.

Hükümetler, kadının üreme hakkına ilişkin kararına, bir insan hakkı olarak saygı göstermelidirler. Her yıl 46 milyon kadın tıbben güvenli bir biçimde gebeliğini sonlandırmaktadır. Gebeliğini sonlandırmaya karar veren her kadın, güvenli bir biçimde bunu gerçekleştirebilecek tıbbi kurum, imkan ve yardımlardan istifade edebilmelidir. Bu haktan istifade için, mutlaka kadının hayatı veya sağlığının ciddi tehlike altında olması gerekmez²³².

Kadının güvenli ve meşru yolla gebeliğini sonlandırma hakkı, birçok milletlerarası anlaşma ve diğer uluslararası hukuki metinlerde tanınmaktadır²³³.

2. Kadının Yaşam Hakkı

Yaşam hakkı, uluslararası sözleşme ve belgelerle temel insan hakkı olarak korunmuştur. Milletlerarası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi uyarınca, taraf devletler yaşam hakkına uygun davrandıklarını her yıl raporlamak yükümlüdür. BM İnsan Hakları Komitesi 2000 yılında devletlerin, kadınların istenmeyen gebeliklerden korunmaları ve hayatını tehlikeye koyan uygulamalara başvurmaksızın gebelikleri sonlandırmalarını sağlamak için ne gibi önlemler aldıklarını, raporlarında açıklamalarını istemiştir²³⁴.

Kadının istenmeyen gebeliklerden kurtulmak için yaşamını tehlikeye koyan güvensiz düşük yapmaya zorlanması, onun yaşam hakkı için tehdit oluşturmaktadır. Gebeliğin sonlandırılmasının hukuken sınırlandırıldığı ülkelerde kadınların, gizli ve genellikle tıbben güvensiz ve bu yüzden hayatı tehdit eden şartlarda gebeliği sonlandırmaya çalıştıkları bilinmektedir. Dünya Sağlık Örgütüne göre, 2008'de yaklaşık 21,6 milyon kadın güvensiz yollarla gebeliğini sonlandırmıştır. Bu güvensiz gebeliği sonlandırmalar, aynı yıl yaklaşık 47 bin

²³¹ CfRR, Safe and Legal Abortion is a Woman's Human Right, (Briefing Paper), www.reproductiverights.org; (erişim tarihi, 18.11.2013), 1.

²³² CfRR, Safe and Legal, 1.

²³³ CfRR, Safe and Legal, 1.

²³⁴ CfRR, Safe and Legal, 1.

kadının ölümüne yol açmıştır. Güvensiz yollarla gebeliği sonlandırma halleri, yüksek anne ölümleri ile doğrudan bağlantılıdır. Bu yüzden, yasal olarak kadını istenmeyen gebeliği sonlandırmak için güvensiz yollara başvurmaya zorlamak, kadının yaşam hakkını ihlal olarak görülmektedir²³⁵.

Birleşmiş Milletler bünyesindeki birçok insan hakları kuruluşu, güvensiz gebeliği sonlandırma nedeniyle anne ölümlerini insan hakkı ihlali olarak değerlendirmektedir. Bunun bir sonucu olarak bu kuruluşlar, devletleri güvensiz gebeliği sonlandırma sayısını azaltmak için, gebeliği sonlandırmayı kısıtlayan, suç sayan yasal düzenlemeleri gözden geçirmeye; aile planlaması, cinsel sağlık ve üreme sağlığı bilgilerine erişim imkanlarını artırmaya davet etmektedir²³⁶.

Kürtaja karşı olanların dayandıkları “yaşam hakkı” kavramı, milletlerarası hiçbir sözleşmede gebeliğin sonlandırılmasının sınırlandırılması şeklinde yorumlanmamaktadır.

Yakın zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Vo v. Fransa davasında verdiği karara göre, sözleşmenin “herkesin yaşam hakkına sahip olduğu ve hukuken korunduğu” hükmünü düzenleyen 2. maddesi, henüz doğmamış çocuğun kişi sayılıp sayılmayacağı sorununu soyut olarak cevaplandırmaya elverişli olmadığı gibi, hükmün böyle bir amacı da yoktur. Böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında, Avrupa Konseyinin 39 üye devletinde gebeliğin sonlandırılmasına izin veren yasaların geçerlilik ve yürürlüğünü hukuki bir sorun haline getirmeyi benimsememiştir²³⁷.

3. Kadının Sağlık Hakkı

Milletlerarası hukuk kadına olabildiğince yüksek ölçüde fiziksel ve ruhsal sağlık hakkı tanımıştır. Sağlık hakkı, devletlere sağlık hizmetleri sağlama ve

²³⁵ CfRR, Safe and Legal, 1.

²³⁶ CfRR, Safe and Legal, 2.

²³⁷ CfRR, Safe and Legal, 2.

işlerliğini temin etme, kişilerin sağlıklı bir yaşamdan istifadesini temin edecek şartları oluşturma yükümü getirmektedir²³⁸.

2000 yılında, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi sağlık hakkının, cinsellik ve üreme özgürlüğü de dahil olmak kişinin vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerindeki kontrol hakkını kapsadığını ve müdahalelerden korunması gerektiğini açıklamıştır. Ayrıca sağlık hakkı kapsamında, cinsel sağlık ve üreme sağlığı da dahil olmak üzere sağlık hizmetlerine, eğitim ve bilgiye ulaşmayı engelleyen tüm sınırlamaların kaldırılmasının gerektiğini belirtmiştir²³⁹.

Afrika İnsan Hakları Bildirgesi'nin Kadın Hakları (Mabuto) Protokolü'nde kadının, güvenli ve yasal gebelik sonlandırma imkanı da dahil olmak üzere, sağlık hakkına sahip olduğu açıkça tanınmıştır. En azından belirli koşullar altında kadına güvenli ve yasal gebelik sonlandırma hakkı tanınması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, taraf devletlerin kadına cinsiyet ve üreme sağlığı da dahil olmak üzere, sağlık hakkını temin etmeleri; cinsel saldırı, ırza geçme ensest halleri ile gebeliğin sürdürülmesinin kadının veya ceninin hayatını veya kadının ruhsal ve fiziksel sağlığını tehlikeye koyduğu durumlarda kadının yasal olarak gebeliğini sonlandırmasına saygı göstermeleri ve desteklemeleri gerekmektedir²⁴⁰.

Güvenli gebelik sonlandırma hizmetleri kadının sağlık hakkını korur. Sağlık hakkı; devletin, kadının üreme hayatı, gebe kalıp kalmamak veya gebeliğini sürdürmek hakkında önemli kararları alabilmesi için gereken bilgileri sağlaması ve uygun önlemleri alması; güvensiz gebelik sonlandırma kadının sağlığının bozulmasına, hastalıklara ve uzun süreli sakatlıklara yol açtığından gebeliği güvensiz sona erdirme tehlikesini kaldıracak güvenceleri sağlaması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır. Bu önlemler, kadının gebeliğinin sonlandırılmasında sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için, yasal engellerin

²³⁸ CfRR, Safe and Legal, 2.

²³⁹ CfRR, Safe and Legal, 2.

²⁴⁰ CfRR, Safe and Legal, 2.

kaldırılması, yüksek standartta bilgiye ve sağlık hizmetine ulaşabilmesini temin etmelidir²⁴¹.

Birleşmiş Milletlerin insan hakları ile ilgili birçok organı, gebeliğin sonlandırılmasını sınırlandıran yasal düzenlemelerin kadının sağlığı üzerindeki yıkıcı etkilerini belirterek, kadının güvenli gebelik sonlandırma hizmetlerine ulaşamamasındaki genel kaygıları ısrarla vurgulamaktadır²⁴². CEDAW (Kadına Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi) 2008 tarihli raporunda, yönetimlerin kadının gebeliğine yasal olarak son verme imkanının kısıtlanmasının güvensiz düşük yapmaya sevk ettiği, bunun anne ölümlerini artıracığı, ceninin cinsiyetini gözeterek gebeliğe son verilmesinin yasaklanması, aile planlamasında gebeliğe son vermenin asli yöntem olarak görülmemesi, doğum kontrolünde asıl olanın gebeliğin önlenmesi yöntemleri olduğu, yönetimlerin gebeliğin önlenmesine ilişkin gerekli eğitim, ilaç, vasıta ve imkanlara kişilerin ulaşmasını temin etmesi gerektiğini, kadının üreme haklarının kullanımı bakımından güvenli gebeliğe son verme hizmeti vermeğe ilişkin tıbbi personelin kadının bu hakkının kullanımında direnç göstermemeleri ve engelleyici olmamalarını, yine gebeliği sonlandırma müdahalesini yapan hekim ve sağlık personelinin kadının gebeliğini sona erdirmesinin resmi kurumlara bildiri zorunluluğu getirilmesinin kişinin özel hayatına müdahale teşkil edeceği, kadının tıbbi yolla güvenli gebeliği sonlandırma hizmetlerinden yararlanmasını engelleyici etkiye sahip olduğunu ve nihayet gebeliğe yasal olarak son verilmesinde eşin veya babanın iznine tabi kılınması, özellikle gebelik kadının yaşamını veya sağlığını tehdit ediyorsa kadının gebeliğini güvenli bir biçimde sona erdirmeye hakkını engellediğini belirtmiştir²⁴³.

²⁴¹ CfRR, Safe and Legal, 2.

²⁴² CfRR, Safe and Legal, 2; CfRR, Abortion and Human Rights (Briefing Paper), October 2008, 3 vd.; CEDAW (Kadına Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi) yönetimlerin yasal ve güvenli gebeliği sona erdirmeye imkanlarını sınırlaması, kadını güvensiz koşullarda gebeliğini sonlandırmaya yönlendirdiği, anne ölümleri ve sağlığının zarar görmesine yol açtığını belirterek kadın haklarının ihlaline yol açtığını belirtmiştir.

²⁴³ CfRR, Abortion and Human Rights (Briefing Paper), 3 vd.

Çocuk Hakları Komitesinin²⁴⁴, İnsan Hakları Komitesinin, Ekonomik Kültürel Sosyal Haklar Komitesinin, Irkçı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesinin²⁴⁵, İşkenceyle Mücadele Komitesinin²⁴⁶ raporları da büyük ölçüde benzer değerlendirmeler ihtiva etmektedir.

Çocuk Hakları Komitesi, küçüklükte gebeliklerinde, gebeliği sona erdirmenin ebeveynin iznine tabi kılınmasının güvensiz ve yasal olmayan yollara yönlendirmesi sebebiyle, yönetimlerin bu yönde önlemler alması, yine erken yaşta gebeliğin engellenmesi için tedbirler alması gerektiğini belirtmektedir.

İnsan Hakları Komitesi²⁴⁷, kadının yaşam hakkına ve kadın erkek eşitliğine vurgu yaparak, güvensiz gebelik sonlandırma ile anne ölümleri ve sağlığının zarara uğraması arasındaki ilişkiyi göz önünde bulundurmuş, gebeliği sonlandırma olanağını sınırlayan yasaların kadının yaşam hakkı ve eşitliği ihlal eder nitelik taşıması gerektiğini belirtmiştir.

Ekonomik Kültürel Sosyal Haklar Komitesi²⁴⁸, Evrensel İnsan Hakları Sözleşmesi m.12'de yer alan kişilerin ekonomik, kültürel, sosyal hakları temelinden hareketle, gebeliğin sona erdirilmesini yasaklayan yasaların, kadınları güvensiz gebeliği sonlandırmaya yönlendirdiği, kadının hayatı ve sağlığı bakımından ağır sonuçlar yarattığı, cinsiyet ayrımı gözetilerek gebeliğin sona erdirilmesine izin verilmemesi gerektiği, gebeliği önlemenin doğum kontrolünde asli yöntem olduğu, gebeliğin sona erdirilmesinin asli yöntem olarak görülmemesi gerektiği, bu nedenle yönetimlerin gebeliğin önlenmesi hizmetlerinden kadının kolayca yararlanmasını sağlamasını, bu hizmetlerin yaygınlaştırılması ve etkinleştirilmesini, gebeliği sona erdirecek sağlık personelinin kadının bu hakkını kullanmasını bilinçli olarak engellememesini,

²⁴⁴ CfRR, Abortion and Human Rights (Briefing Paper), 6 vd.

²⁴⁵ CfRR, Abortion and Human Rights (Briefing Paper), 13.

²⁴⁶ CfRR, Abortion and Human Rights (Briefing Paper), 6 vd.

²⁴⁷ CfRR, Abortion and Human Rights (Briefing Paper), 7 vd.

²⁴⁸ CfRR, Abortion and Human Rights (Briefing Paper), 10 vd.

nihayet gebeliğin sona erdirilmesinin üçüncü kişilerin iznine bağlı kılınmasının hak kullanımını engelleyeceğine ilişkin değerlendirmeler yapmıştır.

1994 yılında Milletlerarası Nüfus ve Kalkınma Konferansı'nda kabul edilen faaliyet programında, devletleri güvensiz gebelik sonlandırmanın kadının sağlığı üzerinde yarattığı olumsuz sonuçlarını gözetmeye davet etmiştir. Devletler, güvensiz gebelik sonlandırmanın sağlık üzerindeki olumsuz etkilerini başlıca kamu sağlığı sorunu olarak ele almalıdır²⁴⁹.

1995 yılında yapılan 4. Dünya Kadın Konferansı'nda da kadınları yasal olmayan gebelik sonlandırmaya yönlendirmesi nedeniyle, yönetimlerin kadın aleyhine cezai önlemler içeren yasaları gözden geçirmeleri gereği hatırlatılmıştır. Yine, kadın sağlığı hakkındaki araştırmalara gönderme yapılarak, yönetimler güvensiz gebelik sonlandırmanın sebep ve sonuçlarını daha iyi tahlil ve anlama konusunda uyarılmıştır²⁵⁰.

1999'da Milletlerarası Nüfus ve Kalkınma Konferansında 5 yıllık süreç gözden geçirilmiş ve üye devletler daha güvenli ve ulaşılabilir gebelik sonlandırma hizmetlerine ihtiyaç duyulduğunu kabul etmişlerdir²⁵¹.

Gebelik sonlandırma yasal olduğu hallerde, sağlık sisteminde gebeliği güvenli sonlandırma ve buna ulaşılabilirliği temin için uzmanlık ve yeterli donanımına sahip yapıları oluşturacak önlemleri alınmalıdır.

4. Kadının Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı

İnsan hakları hukukunun temel ilkelerinden biri cinsiyet eşitliğidir. İnsan haklarına ilişkin temel metinlerin tümünde, insan haklarından istifadede ayrımcılık yasaklanmıştır²⁵².

²⁴⁹ CfRR, Safe and Legal, 2.

²⁵⁰ CfRR, Safe and Legal, 2.

²⁵¹ CfRR, Safe and Legal, 3.

²⁵² CfRR, Safe and Legal, 3.

Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılmasına Dair Sözleşmeye (CEDAW) göre, eşitlik ilkesi gereği, amaç ya da etkileri itibariyle kadının herhangi bir temel hak ve özgürlüğünden istifadesini engelleyecek yasal düzenlemeler de dahil olmak üzere kadına karşı her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır²⁵³.

1999'da Kadına Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi (CEDAW Komitesi) sadece kadına özgü tıbbi müdahaleleri suç sayan ve bu müdahaleleri yaptıran kadınları cezalandıran yasaların, kadının uygun sağlık hizmetlerine ulaşımını engellediğine karar vermiştir.

Kadının gebeliğini sonlandırma hakkının reddi bir tür cinsiyet ayrımcılığıdır²⁵⁴.

Gebeliği sonlandırılmasını sınırlayan yasalar, kadın erkek eşitliği temelinde kadının temel hak ve özgürlüğünden istifadesini engelleme amaç ve etkisine sahiptir. Gebeliğini sonlandırılmasını sınırlandırmak, kadının sağlık hakkından eşit olarak istifade için, gerekli bir ameliyeyi yaptıramaması etkisine sahiptir²⁵⁵.

İstenmeyen bir gebeliğin fiziksel sonuçlarıyla yaşamak mecburiyetin kalacak olan, daima kadındır. Bazı kadınlar, erkeklerin asla karşılaşmayacağı, sözgelimi kanama, iş göremezlik gibi gebeliğe bağlı sağlık sorunlarına maruz kalırlar. Gebeliğin sonlandırılmasını yasaklayan yasalar, hangi amaca dayandırılırsa dayandırılırsın ayrımcıdır; kadının kendi yaşamı ve bedeni üzerinde sorumlu karar alabilme ehliyetini ret ve inkar ederek onu aşağılar²⁵⁶.

CEDAW Komitesi, gebeliğin sonlandırılmasını suç sayan sınırlandırıcı yasalara ilişkin kaygılarını sürekli olarak vurgulamaktadır. Yine, İnsan Hakları Komitesi, ırza geçme hallerinde bile gebeliğin sonlandırılmasının suç

²⁵³ CfRR, Abortion and Human Rights, 3 vd.

²⁵⁴ CfRR, Abortion and Human Rights, 3 vd.

²⁵⁵ CfRR, Safe and Legal, 3.

²⁵⁶ CfRR, Safe and Legal, 3.

sayılmasının, devletlerin Milletlerarası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ndeki kadın ve erkeğe eşit medeni ve siyasal haklar sağlama yükümlülüğüyle bağdaşmayacağını belirtmiştir. Ayrıca, güvensiz gebelik sonlandırma sebebiyle anne ölümleri sorununu, kadına karşı ayrımcılığın göstergesi olarak kabul etmiştir²⁵⁷.

İnsan hakları belgeleri, kadının üreme konusunda kendi kaderini tayin hakkına temel oluşturur. Bu belgelerde, özellikle kadının özel hayatını ilgilendiren meselelerde karar alma hak ve özgürlüğü tanınmıştır. Bu hükümler, kadına vücut dokunulmazlığı, özel hayatının dokunulmazlığı, istediği zamanda istediği sayıda çocuk sahibi olma hakkını tanıyan hükümlerdir. Kadın, gebeliğine son verip vermemeyi tayin hakkına sahiptir. İstenmeyen gebeliğin sürdürülmesi kadının bedensel, duygusal esenliğinde ağır bir sıkıntı yaratır. Kişinin kendi bedeni, özellikle de üreme kabiliyeti konusundaki kararı, onun özel yaşam alanını ilgilendirir. Gebe kadın başkalarının tavsiye ve yardımına başvurabilir de kendisi çocuk sahibi olmaya hazır olup olmadığını bilebilir ve hükümetler onun çocuk sahibi olma kararı almasında belirleyici olmamalıdır²⁵⁸.

İnsan Hakları Komitesi, kadının yasal olarak gebeliği sonlandırma hizmetlerinden faydalanma hakkından yoksun bırakılmasını, onun özel yaşamına keyfi bir müdahale olarak kabul etmiştir²⁵⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gebelik ile kadının fiziksel ve ruhsal dokunulmazlığını da kapsayan özel hayatının dokunulmazlığı arasındaki bağlantıyı vurgulamıştır. Mahkeme, devletlerin gebe kadının vücut dokunulmazlığına etkin koruma sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Devletler, kadının gebeliğini sonlandırıp sonlandırmamak konusunda aydınlanmış biçimde karar verebilmesi ve güvenli ve yasal olarak gebeliğini sonlandırabilmesi için prosedürel güvenceleri zamanında tesis etmelidirler²⁶⁰.

²⁵⁷ CfRR, Safe and Legal, 3; CfRR Abortion and Human Rights, 3 vd.

²⁵⁸ CfRR, Safe and Legal, 3, 4.

²⁵⁹ CfRR, Safe and Legal, 4.

²⁶⁰ CfRR, Safe and Legal, 4.

Milletlerarası hukuk, kadına zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelelere tabi tutulmama hakkını tanımıştır. İnsan Hakları Komitesi, zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelerin sadece fiziksel acı veren eylemlerle sınırlı olmayıp, ruhsal ıstıraba sebebiyet hallerinin de bu kapsamda olduğunu; nitekim kadının istenmeyen gebeliği sonlandırma hakkından yoksun bırakılmasının da genellikle buna yol açtığını belirtmiştir²⁶¹.

Gebelik sonlandırmayı sınırlandıran politika ve yasaların sonucu olarak, pek çok kadın gebeliğin yarattığı komplikasyonlara maruz kalarak ıstıraplı, korkutucu ve yaşamını tehdit eden koşullar altında tedavi amaçlı gebeliği sonlandırmaya mecbur bırakılmaktadır. İnsan hakları kuruluşları, gebeliğin sonlandırılmasını sınırlayan yasaların zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının ihlali sonucunu yaratabileceğini belirtmektedir²⁶².

İşkenceyle Mücadele Komitesi, kadının istenmeyen gebeliğini sürdürerek çocuğu doğurmaya zorlanmasını ya da onun çoğunlukla sağlığını ve hayatını tehlikeye koyan yasa dışı yollarla gebeliği sonlandırmaya mecbur edilmesini ve devletlerin bunu önleyecek gerekli adımları atmamasını zalimane ve insanlık dışı muamele olarak değerlendirmiştir. Özellikle, kadının gebeliğini sonlandırmasının tamamen yasaklanması, ırza geçmek gibi cinsel saldırı sonucu oluşan gebeliklerde kadını saldırının etkilerine sürekli maruz bırakarak, ağır travmatik strese, anksiyete ve depresyon gibi uzun süreli psikolojik bozukluklara yol açar. İnsan Hakları Komitesi, gebeliği sonlandırmanın suç sayılmasının zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleyle tabi tutulmama hakkıyla bağdaşmadığını belirtmiştir²⁶³.

Yine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi R.R. v. Polonya davasında, fetüste tedavisi mümkün olmayan deformasyon olsa bile, Polonya yasalarına göre gebeliği sonlandırma hakkı tanınmadığından gebeliğini sonlandıramayacağını bilmesi nedeniyle yaşadığı acı ve üzüntülerden ötürü

²⁶¹ CfRR, Safe and Legal, 4.

²⁶² CfRR, Safe and Legal, 4.

²⁶³ CfRR, Safe and Legal, 4.

davacı P.P.'nin insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele edilmeme hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle Polonya'yı mahkum etmiştir. Mahkeme kararında, davacı kadının çocuğunu doğurduğunda onun esenlik, mutluluk ve uzun süreli tıbbi tedavi ve bakımının kendisi ve ailesi tarafından nasıl sağlanacağına ilişkin düşünce ve kaygılarının, onun üzerinde uzun süreli, şiddetli ızdırıp ve üzüntü yarattığına karar vermiştir²⁶⁴.

Ayrıca, yasal düzenlemeye uygun olup olmamasına bakılmaksızın belirli bazı şartlar altında kadının gebeliğini sonlandırma hizmetlerinden faydalandırılmaması zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı bir muamele oluşturur. İnsan Hakları Komitesi, K.L v. Peru davasında ilke oluşturan bir karar vermiş; devletin, tedavi amaçlı gebeliği sonlandırma imkanından yoksun bırakması nedeniyle 17 yaşındaki kadının uğradığı depresyon ve duygusal gerilimin öngörülebilir olduğuna ve bunun kadının temel bir insan hakkı olan zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz bırakılmama hakkına ihlal teşkil ettiğine hükmetmiştir. Burada, karar gebeliği sonlandırmanın yasallığına istinat etmemektedir²⁶⁵.

5. Kadının Bilimsel Gelişmelerden Yararlanma Hakkı

Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi ve Milletlerarası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi kişilere bilimsel ve teknik gelişmelerden istifade hakkı tanımıştır. Kadına tıp bilim ve teknolojisindeki gelişim seviyesine uygun surette güvenli gebeliği sonlandırma hizmetlerinden istifade hakkı eksiksiz temin edilmelidir. Tıptaki bilimsel gelişmeler, pek çok güvenli etkin ve düşük maliyetli gebeliği sonlandırma imkan ve hizmetleri sunmaktadır. Hükümetler, tıptaki bilimsel gelişmelere paralel olarak, güvenli ve tıbbi yollarla gebeliği sonlandırma hizmetlerine erişimi olanaklı kılmalı ve gebe kadının hekim, uzman ve tıbbi imkanlardan istifadesini sağlamalıdır²⁶⁶. Gebeliği cerrahi müdahale ile

²⁶⁴ CfRR, Safe and Legal, 5; R.R. v. Poland, ECHR, App. No. 27617/04, 26 May 2011, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104911>, (erişim tarihi, 17.11.2013).

²⁶⁵ CfRR, Safe and Legal, 5; Abortion and Human Rights, 10; K.L. v. Peru Comm. No. 1153/2003, 24 October 2005, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003.

²⁶⁶ CfRR, Safe and Legal, 5; Abortion and Human Rights, 11.

sonlandırmaya alternatif olarak genellikle ilaç kullanımı suretiyle de sonlandırma imkanı bulunmakta ve bu ilaçlar yüksek oranda etkili olmaktadır. Tıbbi yolla gebeliğe son verme, büyük ölçüde gebeliği güvensiz yollarla sonlandırmayı ve anne ölüm oranlarını azaltacaktır. 2005 yılında Dünya Sağlık Örgütü temel ilaçlar listesinde bu ilaçlara yer vermiş ve hükümetlere ulusal sağlık sistemlerinde bunlara gerekli ilaçlar olarak yer vermelerini önermiştir²⁶⁷.

6. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımında İnsan Haklarının ve İnsan Türünün Korunması Hakkında Antlaşma

Türkiye'nin 3.12.2003 tarih ve 5013 s.lı Kanunla onayladığı, ancak henüz ek protokollerini onaylamadığı Anlaşma'nın 2. maddesine göre: "İnsanın üstünlüğü, insanın menfaatleri ve refahı, bilim ve toplumun saf menfaatlerinin üstünde tutulacaktır". Bu hüküm, kadınlar toplum menfaatine istemediği gebeliği sürdürmeye, doğurmaya zorlanamaz şeklinde yorumlanmıştır²⁶⁸.

Anlaşmanın 18. maddesinde, embriyo ve cenin kavramlarını tanımlamaksızın embriyolar üzerinde invitro (tüpte) araştırma yapılmasına izin vermiş, ancak sırf araştırma amacıyla insan embriyosu yaratılması yasaklanmıştır.

II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

1. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hazırlanmasında büyük ölçüde Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'ne dayanılmıştır. Tarihsel gelişim nazara alındığında, gebe kalındığı andan itibaren ceninin yaşama hakkının bulunup bulunmadığı sorunu müzakere dahi edilmemiştir. Buradan hareketle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin herkesin yaşama hakkının korunduğuna ilişkin 2. maddesi hükmü, kaynak olan Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nin 3. maddesinden alınmıştır. Bu itibarla Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nin

²⁶⁷ CfRR, Safe and Legal, 5.

²⁶⁸ Yayla, M., Hangi Gebeliklerde Tıbbi Tahliye Gerekebilir? Sınırı Nedir? Kuralı Var mıdır?, Kürtaj ve Gebelik Tahliyesi Paneli, 13 Mart 2013 tarihli İstanbul Barosu Paneli Tebliği.

AİHS karşısında ahlaki otoritesi ve teknik değeri bulunmaktadır. AİHS'nin girişinde, yinelenen bir biçimde Evrensel İnsan Hakları Sözleşmesi'ne atıf yapılmakta ve AİHS'nin amacının Evrensel İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilen belli hakların birlikte hayata geçirilmesi için harekete geçildiği belirtilmektedir. Bu bakış altında, gerek kaynak Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nde, gerek AİHS'nin 2. maddesi hükmünde geçen "herkes" (everyone) kavramı, doğum öncesi yaşamı da (cenin) kapsayacak biçimde anlaşılmaya ve uygulanmaya elverişli değildir.

2. Kürtaj ve Yaşam Hakkı

AİHS. "herkes" in yaşam hakkını güvence altına almaktadır. Buradaki "yaşam" ile insan hayatı kastedilmektedir.

Sözleşmede "yaşam"ın anlamı, ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiği, ceninin AİHS m.2 korumasından yararlanıp, yararlanamayacağı, kısaca bu hükmün kapsamı açıklığa kavuşturulmamıştır. Ceninin AİHS m.2'deki yaşam hakkının korunmasından yararlanıp, yararlanamayacağı hakkında dünyada ve Avrupa'da hukuki ve bilimsel bir görüş birliği bulunmadığından, AİH Komisyonu zamanında olduğu gibi, AİH Mahkemesi de bu konuda kesin ölçü koymaktan kaçınmıştır²⁶⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Vo v. Fransa davasında, Mahkemenin devletlerin tanıdığı yetkiye dayanarak yargılama yaptığını, yaşamın ne zaman başlayıp sona erdiği konusunda her ne kadar değerlendirci bir yorumu olsa dahi, Sözleşme hükümlerinin günün koşullarına göre yorumlanması gerektiği, ceninin yaşam hakkının korunup korunmayacağı ve sağlanacak güvencenin kapsamı sorununun Sözleşme'ye Taraf Devletlerin kendilerince dahi çözüme kavuşturulmadığı, bu durumun özellikle de Fransa'da bir tartışma konusu olduğunu, ayrıca Avrupa'da yaşamın başlangıcına dair bilimsel ve hukuki tanım üzerinde bir uzlaşmanın bulunmadığını belirtmiştir.

²⁶⁹ Korff, D., Yaşam Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Klavuz Kitap (çev.Özgür Heval Çınar – Abdulcelil Kaya), 2006, 8.

AİH Mahkemesi, AİH Sözleşmenin kişilerin yaşam hakkının korunmasına dair 2. madde hükmünün sağladığı koruma ve güvenceler bakımında ceninin kişi olup olmadığı yolundaki soyut bir soruya cevap vermek istememiş, üzerinde yargılama yaptığı davada bu soruya cevap vermenin olanaklı olmadığına karar vermiştir²⁷⁰.

AİH Komisyonu ve AİH Mahkemesi bu sorunun çözümüne ilişkin kesin ve yeknesak bir ölçü kabul etmemiş, yaşamın başlangıcı, bu kapsamda cenine hukuki koruma sağlanması konusunu, devletlerin bu soruna uygun şekilde yaklaşımlarını, özellikle çeşitli yararlarla gereken önemi göstermelerini, bu yararları dikkatli bir biçimde dengelemek suretiyle hukuki düzenlemeler yapmaları için Taraf Devletlere serbest alan bırakmış, önüne gelen davaları bu bakış altında değerlendirmiştir. Özellikler bu durum gebeliğin ilerleyen dönemlerinde sona erdirilmesine yönelik müdahalelere ilişkin kararlarında görülmektedir²⁷¹.

AİH Komisyonu ve AİH Mahkemesine yapılan kürtaja ilişkin başvurularda, sadece AİHS m.2'de düzenlenen “yaşam hakkı” na dayanılmış değildir. Kürtaja ilişkin başvurularda, “özel hayat ve aile hayatının” korunmasına ilişkin AİHS m.8 hükmüne, “adil yargılanma” hakkını düzenleyen AİHS m.6 hükmüne, “ifade özgürlüğünü” düzenleyen AİHS m.10 hükmüne dayanılmıştır²⁷².

AİHK, Brüggemann ve Scheuter v. Almanya davasında, başvuru AİHS'nin “özel hayata” saygıyı güvence altına alan 8. madde uyarınca kürtaj olmaya karar verme hakkının olduğunu ileri sürmüştür. AİHK, AİHS m.8 hükmünden hareketle, “gebelik ve sona erdirilmesi sadece annenin özel

²⁷⁰ Vo v. Fransa, 8 Temmuz 2004 tarihli karar; Karara ilişkin geniş açıklama için bkz. Tezcan, D./ Erdem, M.R./ Sancaktar, O./ Önok, R. M., İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2011; Mahkeme bu kararda, Oviedo İnsan Hakları ve Biomedikal İlaçlar Sözleşmesine ve bunun İnsan Klonlanmasını Yasaklayan Ek Protokolüne ve bunun biyomedikal araştırmalar ile ilgili taslak protokolüne (§§ 35-39) ve 1998 yılında AB Bilimde ve Yeni Teknolojilerde Etik Avrupa Grubu tarafından kabul edilen insan embriyosunun kullanıldığı araştırmaların etik boyutlarıyla ilgili görüşe (§40) ve karşılaştırmalı hukuka (§41) kapsamlı bir şekilde atıfta bulunmuş ve yukarıdaki alıntıda değinmiştir. Mahkemenin belirttiği gibi sonraki Sözleşme ve Protokoller insan kavramını dikkate değer bir şekilde tanımlamamaktadırlar; bkz. Korff, 9, dn.13.

²⁷¹ Korff, 9.

²⁷² Korff, 9.

hayatını ilgilendiren bir sorun şeklinde yorumlanamaz” kararı vermiştir²⁷³. Bu davada AİHK, sorunu AİHS m.2’deki yaşam hakkının korunması hükmü yönünden incelememiştir²⁷⁴. Ancak daha sonraki başvurularda gebeliğin sona erdirilmesi meselesi AİHS m.2’deki yaşam hakkının korunması hükmü açısından ele alınmıştır.

AİHK, X. v. Birleşik Krallık davasında AİHS m.2 hükmü kapsamında gebeliğin sona erdirilmesini incelemiştir. Gebeliğin sona erdirilmesinin AİHS m.2, f.2’deki yaşam hakkının korunmasına ilişkin temel ilkenin ihlali anlamına gelmeyecek fiiller arasında belirtilmediğini nazara almıştır. AİHK’na göre, üç olasılık söz konusudur. AİHS m.2’deki “Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur” hükmü a) doğmamış cenini kapsamamaktadır, b) ceninin yaşam hakkını belirli sınırlar dahilinde korumaktadır, c) ceninin yaşam hakkını mutlak olarak korumaktadır²⁷⁵.

AİHK, açıkça ceninin yaşam hakkının mutlak olarak korunması yorumunu reddetmiştir. Bu yorum, annenin yaşamına yönelik hiçbir tehlikeyi hesaba katmamaktadır. Bu şekildeki değerlendirme, “doğmamış ceninin yaşamının” kadının yaşamından daha değerli olduğu anlamına gelmektedir ki, kürtaj açısından AİHS m.2 hükmünün isabetli bir yorumu olamaz²⁷⁶. Tarihsel açıdan

²⁷³ Bruggeman ve Scheuten v. Almanya, Başvuru no. 6959/75, 12 Temmuz 1977 tarihli Komisyon Raporu’ndan nakleden Korff, 10; Başvurucu olayda gebeliğin belli bir süre sonra sonlandırılmasının suç sayılması karşısında, başvurucunun özel hayatının kürtaja izin vermemesi bakımından inanç özgürlüğünü, evlilik dışı çocuk sahibi olan annelerin evlenme olasılığını azaltarak evlenmelerine engel olacağı için evlenme hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme kararında, sınırlamanın Anayasa Mahkemesi kararıyla getirilmesini yasallık ilkesine aykırılık oluşturmadığına, sınırlamanın demokratik toplum gereklerine uygun ve başkalarının hakkı nazara alınarak meşru amaca dayandığını belirtmiştir. Mahkeme başkalarının haklarından, ana rahminde büyüyen ceninin değer ve haklarını anlamış; gebeliğin sona erdirilmesini sadece annenin özel hayatına ilişkin mesele olarak görmemiştir. Karar için bkz. Üzeltürk, S.T., Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla), İstanbul 2012, 208; krş. Doğru, O./ Nalbant, A., İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, c.1, İstanbul 2013, 34.

²⁷⁴ Korff, 10.

²⁷⁵ Korff, 10.

²⁷⁶ X v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 8416/79, 13 Mayıs 1980 tarihli kabul edilebilirlik kararı. Nakleden Korff, 10.

bakıldığında, AİHS'ne Taraf Devletlerin tamamına yakını 1950 yılında Sözleşme taslak halindeyken dahi, zorunluluk hallerinde kadının hayatını ve sağlığını korumak amacıyla gebeliğin sona erdirilmesine yasal izin vermektedir. Diğer taraftan, bu dönemde dahi kürtajın serbest bırakılmasına yönelik güçlü bir eğilim bulunmaktaydı.

Bu gerekçelerle AİHK, davada AİHS m.2 hükmünün yorumunda diğer alternatiflere yönelmiştir. AİHK, AİHS m.2, f.1, c.2 ve f.2'deki yaşam hakkının korunması ilkesinin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeyi tartışarak, bu sınırlamaların doğası gereği doğmuş kişiler ile ilgili olduğu, cenin hakkında uygulanamayacağına karar vermiştir. Bu nedenle AİHS m.2, f.1'in "herkesin yaşam hakkı yasayla korunur" hükmündeki "herkes" kavramının genel kullanımı ve terimin AİHS m.2 hükmünde kullanıldığı bağlam hükmün doğmamış cenini kapsamadığı yorumunu destekler nitelikte olduğu sonucuna varmıştır²⁷⁷.

AİHK, daha sonra ele aldığı H. v. Norveç davasındaki kararı, Taraf Devletlerin AİHS m.2'deki yaşam hakkını koruyan hükmün cenini koruyup korumadığı veya ne ölçüde koruduğu konusundaki "ciddi görüş ayrılıkları"nın bir yana bırakarak, ancak, belli bazı durumlarda da cenini bu hükmün kapsamı dışında bırakmaksızın ceninin yaşam hakkının belirli sınırlar dahilinde korunması gerektiği şeklinde yorumlanmıştır²⁷⁸.

Bununla beraber, AİH Komisyonu ve AİH Mahkemesi'nin kararlarında, AİHS m.2, f.1 "Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur" hükmü kapsamında cenini kişi olarak gözetmediği, cenine bu hakkın tanınmasının kadının haklarını makul olmayan bir biçimde sınırlandıracağı görüşü istikrar kazanmıştır.

²⁷⁷ X v. Birleşik Krallık kararı, § 20.'den nakleden Korff; Kürtaj ceninin yaşama hakkına, kadının yaşam ve sağlığını korumak için getirilen örtülü bir sınır olarak belirlenmiş, sonuç olarak kararda ceninin yaşam hakkından yararlanamayacağına karar vermiştir. Bkz. Üzeltürk, 209.

²⁷⁸ H. v. Norveç, Başvuru no.17004/90, 19 Mayıs 1992 tarihli kabul edilebilirlik kararı. Nakleden Korff, 10; Başvuruda baba, on dört aylık ceninin kürtajını engellemeye çalışmaktadır. Başvuru üzerine komisyon 2. maddedeki "herkes" ve "yaşam" ibarelerinin tanımlanmadığını, hükmün doğmuş bireyler için olduğunu, cenin için uygulanamayacağını belirtmiştir. Bkz. Üzeltürk, 209; krş. Doğru, O./ Nalbant, A.; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. cilt (İHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. maddeler), İstanbul, 2013, 34.

Nitekim 1980'de Paton v. UK davasında AİHK, kocanın karısının gebeliğini sonlandırmasını engellemek için yapmış olduğu başvuruda, AİHS m.2 hükmündeki yaşama hakkının cenini de kapsadığı iddiasını açıkça reddetmiştir. AİHK, AİHS m.2' hükmündeki "herkes" kavramının ve AİHS'nin diğer hükümlerinin cenini kapsamadığını belirtmiştir. Ayrıca AİHK, ceninin ve gebe kadının birbirinden bağımsız olmadıklarını belirterek, AİHS m.2 hükmünde kadınına tanınan hakların öncelikli olduğuna karar vermiştir.

Gebe kadının yaşam hakkına sıkı surette bağlı olan ceninin yaşamı, ondan bağımsız olarak düşünülemez. AİHS m.2 hükmünün cenini kapsadığı kabul edildiği takdirde, hükümde herhangi bir sınırlama bulunmadığından, bu hakkın mutlak olarak değerlendirilmesi, gebeliğin sürdürülmesi kadının hayatını ciddi tehlikeye koysa dahi ceninin yaşam hakkının korunması gerekecektir. Böyle bir değerlendirme, ceninin yaşam hakkına getirilen korumanın, gebe kadının yaşam hakkına göre üstünlük tanımak anlamını taşıyacağı şeklinde yorumlanmıştır²⁷⁹.

AİHK, ceninin yaşam hakkının korunmasına ilişkin görüş ayrılıklarını, Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin²⁸⁰, Alman Anayasa Mahkemesi' nin²⁸¹ ve Norveç Temyiz Mahkemesi'nin²⁸² bu konudaki kararlarına dayandırmıştır.

Avusturya Anayasa Mahkemesi 1974 tarihli kararında, Avusturya'da doğrudan uygulanan AİHS'nin 2. maddesinin doğmamış yaşamı kapsamadığına hükmetmiştir.

Alman Anayasa Mahkemesi ise 1975 tarihli kararında Alm. Anayasasının "herkes yaşam hakkına sahiptir" hükmünün "doğmamış yaşayan insanları" da kapsadığına hükmetmiş, sonraki kararlarında da aynı görüşünü sürdürmüştür.

²⁷⁹ Clayton, R/ Tomlinson, H., The Law of Human Rights, Oxford 2000; 357.

²⁸⁰ Avusturya Anayasa Mahkemesi, 1974 tarihinde AİHS md.2 hükmündeki "Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur" hükmünün doğmamış yaşamı kapsamadığına karar vermiştir.

²⁸¹ BVerfGE 39,1; BVerfGE 88, 203.

²⁸² Norveç Temyiz Mahkemesi, 1979 tarihinde "Kürtaj yasalarının doğmamış yaşama mutlak saygı ile gerekli ve önemli görüşler arasında varılacak uzlaşmaya dayanmalıdır." şeklinde karar vermiştir.

Norveç Temyiz Mahkemesi 1979 tarihinde; “... kürtaj yasaları doğmamış yaşama mutlak saygı ile gerekli ve önemli düşünceler arasında varılacak uzlaşmaya dayanması” gerektiğine, Norveç Kanun Koyucusunun 1978 t.li Gebeliğin Sonlandırılması Hakkında Kanunda “ belirlenen şartlar altında kadının gebeliğini sona erdirmeye bizzat kendisinin karar verme hakkının tanındığına” hükmetmiştir. Norveç Temyiz Mahkemesi, 1978 t.li Gebeliğin Sonlandırılması Kanununa ilişkin toplumda gerek bireyler gerek hakimler arasında farklı görüşlerin bulunduğunu, bu yasanın etik açıdan tartışıldığını, kanuna karşı çeşitli tepkilerin ve uyuşmazlıkların olduğunu; ancak, Norveç Parlamentosu’nun 1978 t.li bu yasayı kabul ederken oldukça güç bir soruna ilişkin çözümün ne olacağına karar verdiğini; Kürtaj Kanunu’nun gerektirdiği yararlar çatışmasıyla ilgili uzlaşmanın kanun koyucunun görevi ve sorumluluğunda bulunduğunu belirtmiştir. Yasama yetkisi halk adına Norveç Parlamentosu aracılığı ile kullanılmaktadır. Kürtaj sorununun odaklanmış bir seçim kampanyasından sonra halktan temsil yetkisi olarak oluşan Norveç Parlamentosu’nun 1978 t.li Norveç Gebeliğin Sonlandırılması Hakkında Kanun’u kabul eden Parlamento’daki çoğunluğun kanun hükümlerinde herhangi bir değişiklik yapılması cihetine gitmediğini, bu nedenle mahkemelerin Kanun Koyucu tarafından tercih edilen çözüme uyması gerektiğini belirtmiştir²⁸³.

AİHK, 1978 t.li Norveç Gebeliğin Sonlandırılması Kanununu yakından inceleyerek, Kanunun kadının “ kürtaj olmaya kendi kendine karar vermeye gebeliğin sadece ilk on iki haftasında izin verdiğini, 12 ve 18 hafta arasındaki kürtaja, gebeliğin, doğumun ve çocuk bakımının anneyi zor duruma koyduğu durumlarda iki doktorun izni ile yapılabileceğine 18 haftadan sonraki sonlandırma için ciddi nedenlerin varlığının gerektiği ve ceninin yaşayabilir olduğuna dair bir karinenin bulunmaması gerektiği hükümlerini göz önünde bulundurmıştır. AİHK incelemesine konu olayda, kadın 14. Haftada gebeliğini sonlandırma izni almıştır. AİHK, Norveç Temyiz Mahkemesi’nin kararındaki görüşleri doğrultusunda, dosyadaki bilgilere göre, kadının gebeliğini sona erdirmeye ilişkin meşru yararları ile ceninin korunmasına ilişkin haklı gereksinim arasında adil dengenin gözetilip gözetilmediği hakkında farklı görüşlerin

²⁸³ Bkz. Korff, 11.

bulduğunu, Norveç mevzuat hükümleri, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin getirilen şartlar, dosyadaki somut koşullar birlikte değerlendirildiğinde sözleşmeye taraf devlet Norveç' in kürtaj gibi duyarlı bir konuda takdir yetkisini aşmadığına karar vermiştir. Bu gerekçelerle AİHM, başvurucunun, AİHS m.2 hükmüne aykırılık iddiasıyla yaptığı şikayeti, AİHS m.27, f.2'ye göre açıkça dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir.

AİHK, Reeve v. UK davasında²⁸⁴, gebelik döneminde gözetimi altındaki doktorun çocuktaki kalıtsal gelişim bozukluğunu teşhis edememesi nedeniyle, anne, çocuğun omurgasında açıklık ve beynin su toplaması ile doğmuş iki yaşındaki çocuğu adına doktorun çalıştığı kurum aleyhine dava hakkının engellendiği gerekçesiyle şikayette bulunmuştur. Anne gerçek durumu bilseydi gebeliğini sona erdirmeye yönünde karar alacağını, ancak çocuğunu doğurmak zorunda kaldığını, çocuğu adına açtığı tazminat talebine ilişkin davanın reddedildiğini belirterek, çocuğunun adil yargılanma ve yargı yoluna başvuru hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Olayda anne, engelli çocuk sahibi olmaktan ötürü uğradığı gelir kaybı, bakım giderleri vb. zararlarını ileri sürebilmiştir. AİHK, bu davada çocuğun mahkemeye erişim hakkının ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. AİHK, kısıtlamayı "makul ve orantılı saymış, iddiaların çocuğun engellerini artıran herhangi hatalı bir eyleme dayandırılabilirliğini, o ana kadarki hatalı eylemin ebeveynleri etkilediğini, davanın ebeveynlerin uğradığı zararlara dayanabileceği sonucuna varmış ve bakım giderlerine de hükmetmiştir"²⁸⁵.

AİHM, AİHK'nun kaldırıldığı 1998 yılına kadar doğrudan kürtaj sorununu ele almamıştır.

AİHM, 2002 yılında Boso v. İtalya davasında kürtaj meselesini ele almıştır. Komisyonun H. v. Norveç davasına benzer şekilde gebe kadın, kocası istememesine rağmen iç hukuktaki 1978 tarihli 194 sayılı Kanun uyarınca kürtaj olmuştur. AİHM, AİHS m.2 hükmünü ilgilendiren konuda, AİHK'nun H. v. Norveç

²⁸⁴ Reeve v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 24844 /94, 30 Kasım 1994 tarihli kabul edilebilirlik kararı.

²⁸⁵ Reeve v. Birleşik Krallık, nakleden Korff, 12 vd.

davasındaki yaklaşımını teyit ederek şu karara varmıştır: “AİHM yukarıda da belirtildiği üzere, ceninin 2. maddenin ilk cümlesindeki “yaşam hakkının” koruması kapsamında olup olmadığını belirlemeyi gerekli görmemektedir. Belirli durumlarda ceninin AİHS m.2 hükmü uyarınca korunan hakka sahip olduğu kabul edilse dahi, AİHM dosyada, başvuruçunun eşinin gebeliğini sona erdirmeden önce kaç hafta geçtiğini ve kürtajın hangi nedenle yapıldığını belirtmediğini, delillere göre, kadının gebeliği sona erdirmesinin 1978 tarihli 194 sayılı Kanun’un hükümlerine uygun olduğunu nazara almıştır²⁸⁶. AİHM’e göre, bu tür hükümler, bir yandan ceninin korunmasını güvenceye alınması ihtiyacını diğer yandan kadının yararları arasındaki adil dengeyi gözetmektedir. AİHM, AİHK’nun H. v. Norveç davasında olduğu gibi, gebeliğin sona erdirilmesinin kadının özel hayatını yakından ilgilendirdiğini, kürtajdan birincil olarak etkilenen kadının gebeliğini sona erdirmeye kararının babanın iradesinden daha üstün olduğunu kabul ederek, babanın başvurusunu reddetmiştir²⁸⁷.

AİHM, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak 8.7.2004 tarihinde Vo v. Fransa davasında karar vermiştir²⁸⁸. AİHM bu kararında: gebeliği sırasında isim benzerliğine dayalı bir karışıklık nedeniyle hatalı bir tıbbi müdahaleye maruz kalan ve rahmi delinerek zorunlu olarak kürtaj yapılan Fransız vatandaşı bayan Thi – Nho Vo ve erkek arkadaşı, kürtaj neticesinde ceninin yaşam hakkının ihlal edildiği ve tıbbi müdahaleyi yapan doktoru taksirli fiilinden ötürü cezalandırmayan Fransa’nın AİHS m.(2)’de güvence altına alınan “herkesin yaşam hakkına sahip olduğu” yönündeki düzenlemeyi ihlal ettiği iddiasıyla AİHM’e başvurmuştur.

Başvurunun incelendiği AİHM Vo v. Fransa davasında verilen 8.7.2004 tarih ve 53924/00 sayılı kararda; AİHS m.2(1)’de düzenlenen “yaşam hakkı”nı güvence altına alan düzenlemenin cenini kapsayıp kapsamadığı ve buna bağlı olarak müdahaleyi yapan doktoru cezalandırmayan devlet tarafından

²⁸⁶ Boso v. İtalya, Başvuru no. 50490 / 99, 5 Eylül 2002 tarihli karar.

²⁸⁷ Bkz. Üzeltürk, S.T., 209 vd.

²⁸⁸ Vo v. Fransa, 8 Temmuz 2004 tarihli karar; bkz. Tezcan/Erdem/Sancaktar/Önok, 96,97; Üzeltürk, 210.

Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında yaşama hakkının hukuk yoluyla koruma yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği tartışılmıştır.

Kararda, Sözleşme'de güvence altına alınan "yaşama hakkı"nı korumak için mutlaka cezai nitelikte bir yaptırımın varlığının gerekmediği, tazminat yaptırımının varlığının yeterli olduğu belirtilmiştir.

Ayrıca Sözleşme'nin 2. maddesinde güvence altına alınan yaşama hakkının ne zaman başlayacağı konusunda açık bir düzenleme yapılmadığı belirtilerek, "yaşam hakkı"nın hamileliğin ilk aşamasına da uygulanabilir olduğunun kabulü halinde, kadının sağlığını ve yaşamını koruyan kürtajın sınırlanarak, fetüse "yaşam hakkı" tanınmış olacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle AİHM "yaşam hakkı"nın başlangıcı konusunda net bir saptama yapmamakta ve fakat cenine hamileliğin ilk aşamasına kadar koruma sağlanarak kürtajın tamamen yasaklanmasını kadın haklarının ihlali olarak kabul etmektedir.

Komisyonun önceki tarihlerde vermiş olduğu kararlara atıf yapılarak, Sözleşme'nin birçok maddesinde geçen "herkes" kelimesinin doğum öncesini kapsamadığını kabul etmiştir. Bu yöndeki bir kabulün hamile kadının yaşamına karşı ciddi bir risk oluşturmasına rağmen, kürtajın sürdürülmesi gereken bir yasak olarak görülmesi gerekeceği belirtilmiş ve bu tip uyuşmazlıklarda bir anne olarak kadının veya bir babanın birbirine göre doğmamış çocuk karşısında çelişen hak ve özgürlüklerinin dengelenerek karara bağlanmasının yerinde olacağı vurgulanmıştır. Kararın Türkçe'ye çevrilmiş açıklama özeti aşağıya nakledilmiştir²⁸⁹:

²⁸⁹ Doğru/ Nalbant; 31-35: "DAVANIN ESASI

Başvurucu bayan Thi – Nho Vo, 1967 doğumlu Fransız vatandaşıdır. 6 aylık hamile olan başvuru 27 Kasım 1991'de Lyons Devlet Hastanesi'ne randevulu muayeneye gitmiştir. Aynı gün, bayan Thi – Thanh Van Vo adında bir başka kadın, aynı hastaneye karındaki bir kisti aldirmek için gelmiştir. Her iki kadının aynı soyadı taşımalarından kaynaklanan bir karışıklık nedeniyle, doktorun odasına başvuru girmiş, doktor ikinci kadının müdahale ettiğini zannederek, hamile olan başvuru rahmini delmiş ve başvurucuya kürtaj yapılması zorunlu hale gelmiştir.

Başvurucu ve erkek arkadaşı, doktor aleyhine başvuru bakımından 3 aydan daha az iş göremezliğe sebebiyet verecek şekilde yaralama ve doğmamış çocuk bakımından da taksirle öldürme suçu şikayetinde bulunmuşlardır. Üç bilirkişi raporu alındıktan sonra doktor hakkında dikkatsizlik ve ihmâl suretiyle başvuru içinde ceninin büyüdüğü rahmini tahrip ederek bebeğin ölümüne sebebiyet vermekten ve anneyi yaralayıp 3 aydan daha az iş göremez durumuna sokmaktan ceza davası açılmıştır.

Ceza Mahkemesi başvurucuyu iş göremez şekilde yaralama suçunun af kapsamına girdiğini; öte yandan 21 haftalık olan ceninin yaşayabilir (viable) olmadığını ve ceza kanunu anlamında 'insan' veya 'başkası' olmadığını kabul etmiştir. Buna göre Ceza Mahkemesi, 21 haftalık ceninin hayatına son verme veya taksirle öldürme suçunun işlenmiş olmadığı sonucuna varmıştır.

Bu karara karşı başvuru Üst Mahkemeye başvurmuştur, bu mahkeme kararı bozmuştur. Üst Mahkeme hukukun yaşamanın başlangıcından itibaren insana saygı prensibini içerdiğini, çocuğun canlı olarak doğmuş olmasını gerektirmediğini, saldırı anında çocuğun yaşar durumda bulunduğu ve olayda suç fiilinin taksirle öldürmek olarak nitelendirilmesi gerektiğini, çünkü olayın yirmi ile yirmidört hafta arasında sağlığı gayet iyi durumda bulunan bir ceninin kusur veya ihmâl sonucu ölümüne sebebiyet veren bir eylemle ilgili olduğunu belirtmiştir. Doktora altı ay hapis cezası verilip ertelenmiş ve ayrıca 10.000 Frank para cezası verilmiştir.

Doktorun kararı temyiz etmesi üzerine Temyiz Mahkemesi mahkûmiyet kararını bozmuştur. Temyiz Mahkemesine göre dava konusu olaylar taksirle öldürme suçu oluşturmaz. Temyiz Mahkemesi ceninin ceza hukuku tarafından korunmayı hak eden bir insan olmadığını kabul etmiştir.

Başvuru Sözleşme'nin 2. Maddesine dayanarak, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda ulusal makamların olayı doğacak çocuğun taksirle öldürme olarak nitelendirilmemesinden şikâyetçi olmuştur. Başvuru Fransa'nın bu tür eylemleri suç olarak nitelendiren kanun çıkarmakla yükümlü olduğunu savunmuştur.

Konuyla ilgili hukuk ve uygulama: Mahkeme kararının bu bölümünde, ilk olarak Ceza Kanununun kasıtsız öldürmeyle ilgili hükümlerine ve ardından Kamu Sağlığı Kanunu hükümlerine yer vermiştir. Daha sonra Temyiz Mahkemesinin konuyla ilgili kararları yer almıştır. Mahkeme daha sonra konuyla ilgili Avrupa Hukuku belgelerinden alıntılar yapmıştır. Bu belgeler arasında, İnsan Hakları ve Biotip Oviedo Sözleşmesi (1997), İnsan Klonlamasının Yasaklanması Hakkında İnsan Hakları ve Biotip Sözleşmesi'ne Ek Protokol (1998), Biotip Araştırmalarıyla İlgili İnsan Hakları ve Biotip Sözleşmesi'ne Ek Protokol (2004), Bioetik Daimi Komitesi tarafından kurulan insan embriyo ve fetüsün korunması üzerine çalışma grubunun görüşü (2003), Avrupa Komisyonunda Bilim ve Yeni Teknolojilerde Etik hakkında Avrupa Grubunun Görüşü (1998) yer almaktadır. Mahkeme ayrıca, karşılaştırmalı hukuk başlığı altında, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin çoğunluğunda taksirle öldürme suçunun fetüse uygulanmadığını tespit etmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Başvurunun kabuledilebilirliği

Hükümet başvurunun, doğmamış çocuğa uygulanmayan Sözleşme'nin 2. Maddesiyle konu bakımından bağdaşmaz olduğunu ileri sürmüştür. Başvuru doğmamış çocuğun Fransız ceza hukukunda korunmadığını ve devletin Sözleşme'nin 2. maddesindeki yükümlülüğünü ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin hamileliğin gayri iradi sonlandırılmasına ve böylece doğmamış çocuğa uygulanabilir olmadığına dair Hükümetin itirazının davanın esasıyla yakından bağlantılı olması nedeniyle esasla birleştirilmesine karar ve daha sonra itirazların reddine vermiştir.

II. Sözleşme'nin 2. Maddesinin ihlali iddiası

Mahkeme başvurunun ve davalı devletin iddia ve savunmalarını aldıktan sonra, davaya üçüncü taraf olarak katılan Üreme Hakları Merkezinin (Center for Reproductive Rights) ve Aile Planlaması Derneğinin (Family Planning Association) görüşlerini almıştır.

C. Mahkeme'nin değerlendirmesi

Başvuru, tıbbi hatasıyla sağlığı için kürtaj olmasına sebebiyet veren doktorun mahkûm edilmesini sağlayamadığından şikâyetçi olmuştur. Başvurucunun hamileliğini sonuna kadar götürmek istediği ve doğacak çocuğun sağlığını iyi olduğu konusunda bir tartışma yoktur. Söz konusu olayın ardından başvuru ve partneri, başvurunun taksirle yaralandığı ve taşıdığı çocuğun taksirle öldürüldüğü iddiasıyla bir suç şikâyetinde bulunmuşlar ve davaya katılan olmak istediklerini belirtmişlerdir. Ulusal mahkemeler başvurunun taksirle yaralanması suçunun zamanaşımına girdiğine karar vermişler ve ikinci noktayla ilgili olarak Üst Mahkemenin kararını bozan Temyiz Mahkemesi ceza kanununu çok dar bir şekilde yorumlayarak, fetüsün taksirle öldürme suçunun mağduru olmayacağına hükmetmiştir. Bu başvuruya ortaya atılan temel sorun, bir fetüsün taksirle ortadan kaldırılmasını cezalandırmak için Fransız hukuk sisteminde bir cezai yol bulunmamasının devlet tarafından Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında yaşama hakkını hukuk yoluyla koruma yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğidir.

1. Mevcut hukuk

Sözleşme'nin 2. maddesi, yaşama hakkının "hamile kalındığı andan itibaren" korunması gerektiğini öngören İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesinin 4. maddesinden farklı olarak, yaşama hakkının zaman bakımından sınırları konusunda sessiz olup, Sözleşme'yle "yaşam"ı korunacak olan "herkes"i tanımlamaktadır. Mahkeme bu madde anlamında "herkesin yaşama hakkı"nın "başlangıcı" ve doğmamış çocuğun böyle bir hakka sahip olup olmadığı konusunda karar vermemiştir. Bugünü kadar bu mesele sadece kürtaj yasaları ile bağlantılı olarak ileri sürülmüştür. Kürtaj, Sözleşme'nin 2. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça yer verilen istisnalardan biri değildir, fakat Komisyon kürtajın annenin yaşamını ve sağlığını korumak için 2(1). fıkranın birinci cümlesine uygun olduğunu, çünkü "bu maddenin hamileliğin ilk aşamasına da uygulanabilir olduğu kabul edilecek olursa, bu aşamada kadının yaşamı ve sağlığını koruyan kürtajın zimnen sınırlanmak suretiyle, fetüse "yaşama hakkı" tanınmış olacağını ifade etmiştir (bk. X – Birleşik Krallık, no. 8416/79, 13 Mayıs 1980 tarihli Komisyon kararı, (DR) 19, s. 244).

Komisyon başlangıçta kürtaj yasalarının Sözleşme'nin 2. maddesine uygunluğunu soyut olarak incelemeyi reddettikten (bk. X – Norveç, no. 867/60, 29 Mayıs 1961 tarihli Komisyon kararı, Collection of Decisions, c.6, s.34, ve X – Avusturya, no.7045/75, 10 Aralık 1976 tarihli Komisyon kararı, (DR 7, s.87) sonra verdiği Brüggemann ve Scheuten – Almanya

kararında (no. 6959/75, 12 Temmuz 1977 tarihli Komisyon Raporu, DR 10, s.100), kürtajı kısıtlayan Anayasa Mahkemesi kararının Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğinden şikayetçi olan kadının, mağdur olarak ehliyeti bulunduğunu kabul etmiştir. Komisyon o davada şöyle demiştir: "... hamilelik sadece özel yaşam alanına giren bir husus değildir. Bir kadın hamile kaldığında kendisinin özel yaşamı, büyümekte olan fetüse yakından bağlantılı hale gelir" (a.g.k.s. 116, § 59). Ancak Komisyon, "bu bağlamda doğmamış çocuğun Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında bir "yaşam"ı olduğu yoksa Sözleşme'nin 8(2). fıkrası anlamında 'başkalarının haklarının korunması için' müdahale edilebilecek bir varlık mı olduğu konusunda karar vermeyi gerekli görmemiştir (a.g.k.s. 116-117, § 61). Komisyon şunu da vurgulamıştır: "Sözleşme'ye Taraf Devletlerin belirli bir çözüm konusunda kendilerini bağlamak istediklerine dair bir delil yoktur" (a.g.k.s. 117-118, § 64).

Komisyon yukarıda geçen X – Birleşik Krallık davasında, karısına sağlık nedeniyle kürtaj olmasına izin verilmesinden şikayetçi olan bir adamın başvurusunu incelemiştir. Komisyon, müstakbel babanın yaşama hakkının ihlali konusunda "mağdur" görülebileceğini kabul etmekle birlikte, Sözleşme'nin birçok maddesinde geçen "herkes" kelimesinin doğum öncesine uygulanabilir olmadığını kabul etmiş, fakat "örneğin Sözleşme'nin 6(1). Fıkrası gibi nadiren bazı olaylarda uygulanabilmesinin ihmal dışı olmadığını" gözlemlemiştir (s. 249, § 7; *Mahkemeye başvurma hakkıyla ilgili böyle bir başvuru için bk. reeve – Birleşik Krallık, no.24844/94, 30 Kasım 1994 tarihli Komisyon kararı, DR 79-A, s. 146*). Komisyon, "herkes" (toute personne) kelimesinin genel kullanımının ve Sözleşme'nin 2. maddesinde kullanıldığı bağlamın, doğmamış çocuğu içermediğini belirtmiştir. Komisyon, "yaşam" kelimesi ve özellikle yaşamın başlangıcı ile ilgili olarak, "yaşamın nerede başladığı meselesi hakkındaki görüşlerde farklılıklar bulunduğunu" kaydetmiş ve şöyle devam etmiştir: "Bazıları yaşamın hamile kalınması ile başlamakta olduğuna inanırken, diğerleri fetüsün 'yaşayabilir' hale gelmesi üzerine nidasyon anına veya sağ doğmuş olmaya odaklanmaktadır" (X – Birleşik Krallık, s 250, § 12).

Komisyon daha sonra, Sözleşme'nin 2. maddesinin "fetüsü kapsamayacak şekilde mi, belirli sınırlar içinde fetüse 'yaşama hakkı' tanıyacak şekilde mi, fetüse mutlak bir 'yaşama hakkı' tanıyacak şekilde mi yorumlanması gerektiğini incelemiştir (a.g.k.s. 251, § 17). Komisyon, ilk iki seçenek üzerinde bir görüş belirtmemiş olmakla birlikte, doğmamış çocuğun yaşamından ayrılmaz olan annenin yaşamını koruma gereğini göz önünde tutarak üçüncü yorumu kategorik olarak ihmal dışı bırakmıştır. Komisyona göre, fetüsün 'yaşamı' hamile kadının yaşamıyla doğal olarak bağlantılı olup, hamile kadının yaşamından ayrı görülemez. Sözleşme'nin 2. maddesi, fetüsü kapsadığına ve bu maddedeki korumanın açık sınırları olmaksızın mutlak bir koruma olduğuna karar verilecek olursa, kürtaj, hamile kadının yaşamına karşı ciddi bir risk oluşturmasına rağmen sürdürülmesi gereken bir yasak olarak görülmesi gerekecektir. Bu durum, 'doğmamış' olan fetüsün yaşamının, hamile kadının yaşamında daha değerli görülmesini gerektirecektir" (a.g.k.s. 252, § 19). Komisyon, 1950 yıllarında uygulamada bütün Sözleşmeciler Devletlerin "annenin yaşamını korumanın gerekli olduğu hallerde kürtaja izin verdiklerini" ve şu hamileliğin sonlandırılması konusundaki ulusal hukukun "daha ileri serbestliğe doğru bir eğilim göstermiş" olduğunu kaydederek, bu sonuca ulaşmıştır (a.g.k.s. 252, § 20).

Komisyon, babanın isteği üzerine tıbbi olmayan nedenlerle yapılan bir kürtaja ilgili yukarıda geçen H – Norveç davasında, Sözleşme'nin 2. Maddesini devletlerin sadece bir kimseyi kasten yaşamdan yoksun bırakmaktan kaçınmasını değil, ama aynı zamanda yaşamı korumak için gerekli tedbirleri almasını da gerektirdiğini eklemiştir. Komisyon, "fetüsün Sözleşme'nin 2. maddesinin birinci cümlesi bakımından belirli bir korumadan yararlanıp yararlanmadığına" karar vermesi gerektiğini belirtmiştir (a.g.k.). Komisyon ayrıca, böylesine hassas bir konuda Sözleşmeciler Devletlerin belirli bir takdir yetkisine sahip olmaları gerektiğini kaydetmiş ve annenin verdiği kararın dayanağı olan Norveç mevzuatın, bu takdir yetkisini aşamadığı sonucuna varmıştır (s. 168).

Mahkeme Sözleşme'nin 2. Maddesinin fetüse uygulanması meselesini nadiren incelemiştir. İrlanda Hükümeti, yukarıda geçen *Open Door ve Dublin Well Woman* davasında, yurt dışında kürtaj imkânıyla ilgili bilgi verilmesini yasaklayan mevzuatını haklı göstermek için doğmamış çocuğun yaşamının korunmasına dayanmıştır. Çözülmesi gereken tek mesele, söz konusu bilgiyi alma ve mesele özgürlüğü üzerindeki kısıtlamalarının, "İrlanda'da doğmamış çocuğun yaşama hakkının korunmasının bir yönünü oluşturduğu ahlakın korunması şeklindeki meşru amacı" izlemek için, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamındaki demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı meselesidir (s. 27-28, §63). Çünkü Mahkeme, "kürtajın Sözleşme'de güvence altına alınmış bir hak olup olmadığına veya fetüsün 2. Maddede yer alan yaşama hakkı ile korunup korunmadığına" karar vermenin konuyla ilgili olmadığını düşünmüştür (s. 28, §66). Mahkeme, *H.-Norveç* davasına benzer, babanın arzusuna rağmen hamileliğini sonlandırmaya karar vermiş bir kadının söz konusu olduğu yakın tarihli bir davada, "fetüsün, yaşamı koruma şeklindeki pozitif yükümlülükle ilgili içtihadın yorumlanmış olan 2. maddenin birinci cümlesine göre korumadan yararlanıp yararlanmadığına" karar vermesinin gerekli olmadığını belirtmiş ve şöyle devam etmiştir: "Fetüsün belirli koşullarda Sözleşme'nin 2. maddesiyle korunan haklara sahip olabileceği düşünülecek olsa bile, ... bu davada ... hamilelik 194 sayılı ve 1978 tarihli Kanunun 5. Maddesine uygun olarak sonlandırılmış olup, bu kanun kadının menfaatleri ile fetüsün korumasını sağlamak arasında adil bir denge kurmaktadır (bk. yukarıda geçen *Boso kararı*).

İçtihadın özetlenmesinden çıkan sonuca göre, bugünü kadar sözleşme organları tarafından kürtaj yasalarının incelendiği olaylarda, doğmamış çocuk Sözleşme'nin 2. Maddesiyle doğrudan korunan "kişi" olarak görülmemektedir; doğmamış çocuk "yaşama hakkı"na sahip olsa bile, bu hak annenin hakları ve menfaatleri ile zımnen sınırlıdır. Ancak Sözleşme organları, koruyucuların belirli koşullarda doğmamış çocuğu da kapsayacak şekilde genişletilebileceği ihtimaline yoksaymamışlardır. İşte bu, Komisyon'un "Sözleşme'nin 8(1). fıkrasının, hamileliğin sonlandırılmasının sadece annenin özel yaşamına giren bir mesele olarak yorumlanamayacağını" söylerken tam da düşündüğü şeydir (bk. Brüggemann ve Scheuten, a.g.k. s. 116-117, § 61); Mahkeme de yukarıda geçen *Boso* kararında aynı şeyi düşünmüştür. Bu davaların incelenmesinden anlaşıldığına göre bu mesele daima, çeşitli ve bazen bir anne olarak kadının veya bir babanın birbirine göre doğmamış çocuk karşısından çelişen hak ve özgürlüklerini dengelenerek karara bağlanmıştır."

3. İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele Yasağı

AİHS'nin "İşkence Yasağı" başlığını taşıyan 3. maddesinde, "hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz" hükmü yer almaktadır. Bu hükmün özellikle cinsel saldırı sonucu oluşan gebeliklerin sona erdirilmesinin yasaklanması halinde uygulanmasının mümkün olacağını düşünüyoruz. Nitekim bazı AİHM kararlarında, kürtaj yasağının "işkence ve kötü muamele" sayıldığını görüyoruz. Gerçekten, RR. v. Polonya davasında AİHM, ilgililerin ihmal nedeniyle başvuru zamanında gebeliği sona erdirememesi ve istemediği, daha önceden sakat olduğu bilinen bir çocuk dünyaya getirmek zorunda kalmasına ilişkin olayda, hem annenin maruz kaldığı acı dolayısıyla "işkence ve kötü muameleyi yasaklayan" AİHS m.3 hükmünün,

2. Mevcut olaydaki yaklaşım

Mahkeme, yaşamın ne zaman başladığı sorununun ulusal makamlar tarafından karar verilmesi gereken bir sorun olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre ilk olarak, Sözleşme'yi onaylamış olan devletlerin çoğunluğunda ve ayrıca konuyla ilgili kamusal tartışmalar yapıldığı Fransa'da, bu sorun hakkında karar verilmiş değildir. İkinci olarak yaşamın başlangıcının tanımı konusunda Avrupa'da bilimsel ve hukuksal açıdan bir konsensüs bulunmamaktadır. Konuyla ilgili Fransız mahkemelerinin kararlarından ve hamileliğin gayri iradi sonlandırılmasına dair bir suç oluşturma konusunda yakın tarihli parlamento tartışmalarından, embriyo ve/veya ceninin niteliğinin ve hukuki statüsünün Fransa'da tanımlanmamış olduğu ve embriyo ve/veya ceninin nasıl korunacağına Fransız toplumundaki çeşitli güçler tarafından karar verilecek bir mesele olduğu anlaşılmaktadır. Avrupa düzeyinde de embriyo ve/veya ceninin niteliği ve statüsü konusunda bir konsensüs yoktur. En iyi ihtimalle, embriyo ve/veya ceninin insan ırkına ait olduğunun devletler arasında yaygın olarak kabul edildiği söylenebilir. Embriyo ve/veya ceninin kişi haline gelme potansiyeli ve kapasitesi, onun Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından yaşama hakkına sahip bir kişi saymaksızın, insanlık onuru adına korumayı gerektirir. Bu düşüncelerle Mahkeme, doğmamış çocuğun Sözleşme'nin 2. Maddesi bakımından bir kişi olup olmadığı sorusunu soyut olarak cevaplandırmanın mümkün ve istenilir bir şey olmadığına kanaat getirmiştir.

Mahkeme, Sözleşme'nin 2. Maddesinin olayda uygulanabilir olduğu varsayılsa bile, Fransa'nın halk sağlığı alanında yaşamı korumaya ilgili şartları uygun davrandığını göz önünde tutarak, başvuru hamileliğin beklenmedik bir şekilde sona ermesinin Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamına girip girmediğini incelemeyi gerekli görmemiştir. Olaydaki uyumsuzluğun, annenin iradesine aykırı olarak ve kendisinin yoğun acı duyması pahasına, doğmamış çocuğu istemeden ölümcül surette yaralamaya ilgili olduğunu kaydeden Mahkeme, bu olayda ceninin menfaatleriyle annesinin menfaatlerinin örtüşüğünü kabul etmiştir. Buna göre Mahkeme iç hukukta başvurucuya sağlanan korumayı, ceninin kaybında doktorun ihmalinin kanıtlanması ve hamileliğin zorunlu sona erdirilmesi nedeniyle bir giderim elde edilmesi için mevcut mekanizmanın yeterliliği açısından incelemiştir.

Olay, başvuru maddi bütünlüğünün taksirle ihlal edilmesi olduğundan, Sözleşme'nin 2. Maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülük, mutlaka cezai nitelikte bir hukuk yolunun varlığını gerektirmez. Başvuru doktorun ihmali nedeniyle yetkililere karşı tazminat davası açılabilir. Böyle bir davanın yüksek bir başarı şansı vardı; başvuru hastaneyi tazminat ödemeye zorlayan bir karar elde edebilirdi. Bu durum, cezai soruşturmada hazırlanan uzman raporlarındaki tespitlerden anlaşılmaktadır. Öte yandan olayın şartları içinde, idare mahkemesine açılacak olan davanın dört yıllık bir zamanaşımına tabi olması, Mahkeme'ye göre çok kısa bir süre değildir; kaldı ki yeni bir yasayla bu süre on yıla çıkarılmıştır. Sonuç olarak Sözleşme'nin 2. Maddesi uygulanabilir olsa bile, bu madde ihlal edilmemiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Başvurunun konu bakımından Sözleşme hükümleriyle bağdaşmaz olduğuna ve iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair Hükümetin itirazının esasla birleştirilmesine ve bu itirazların reddine;

2. Oybirliğiyle, başvurunun kabul edilebilir olduğuna,

3. Üçe karşı on dört oyla Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edilmediğine,

KARAR VERMİŞTİR."

hem de “özel yaşama ilişkin” m.8 hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM kararında, devletin, bireylerin vücut bütünlüklerine ilişkin olarak zamanında bilgilendirilmeleri için gerekli önlemleri almak yükümlülüğüne ve bireylerin serbestçe karar verebilmeleri için bunun gerekli olduğuna işaret etmiş, Polonya yasalarında kürtajı sınırlayan hükümlerin doktorlar üzerinde caydırıcı etki doğurduğunu belirtmiştir²⁹⁰.

4. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması

AİHM kararlarından da anlaşıldığı üzere, AİHS'nin “Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” başlıklı 8. maddesinde; “ (1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. (2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak kaydıyla söz konusu olabilir.” hükmü yer almaktadır.

AİHS'ne taraf devletlerin planlama otoriteleri, bu yetkilerini kullanırken, 8. maddede güvence altına alınan kişi haklarına olası etkilerini göz önünde bulundurmaları zorundadır. Birinci fıkrada, “kişinin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı” esas olduğu belirtilmiş, ancak istisnai hallerde buna müdahale imkanı tanınmıştır.

Bu hakların kullanılmasına kamu otoritesinin müdahalesi, belli amaçlarla, demokratik bir toplumda zorunluluk ölçüsünde ve yasada öngörülmüş olmak koşullarıyla mümkün olabilir. Şu halde, kamu otoritesi herhangi bir amaçla bu hakka müdahale imkanına sahip değildir. Ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacı ancak müdahale bakımından bir sebep oluşturabilir. Yine bu amaçların varlığı da kamu otoritesinin herhangi bir müdahalesini haklı kılmaya yeterli değildir. Bu amaçların bulunması kamu otoritesine her türlü müdahale

²⁹⁰ Türmen, R; AİHM Kararları ve Kürtaj; 5.6.2012 tarihli Radikal gazetesi.

imkanını vermez. Müdahale, demokratik bir toplum düzeninde zorunlu olma ölçüsüyle sınırlandırılmıştır. Şu halde müdahale imkanı iki açıdan sınırlıdır; müdahale, demokratik toplum düzeniyle bağdaşır nitelik taşımali ve zorunlu olan ölçüyü aşmamalıdır. Yine, AİHS'nin bu hükmü, kamu otoritesinin ancak yasada öngörülen şartlarla müdahale edebileceğini belirtmiştir. Böylece, müdahalenin yasada öngörülmüş ve şartlarının yasayla tayin edilmiş olması da aranmıştır.

5. Ayrımcılık Yasağı

AİHS'nin konumuz bakımından önem taşıyan bir diğer hükmü ise, madde 14'te düzenlenen ayrımcılık yasağıdır. Madde hükmünde: "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmak, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır." denilmektedir.

Kadının gebeliğini güvenli bir biçimde tıbbi yolla sona erdirebilmesi olanağına sahip olması, hayatı ve sağlığı bakımından son derece önem arz etmektedir. Yukarıda aktarmaya çalıştığımız üzere, bu durum BM'in çeşitli Komisyon raporlarında belirtildiği gibi, ceza hukuku öğretisinde de aynı yönde görüşler isabetle ileri sürülmektedir. Kadının gebeliğini güvenli sona erdirebilmesi bakımında tıbbi hizmetlere erişim hakkı önemli bir yer tutmaktadır. Gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin katı yasakların, özellikle sosyal, ekonomik, kültürel bakımından dezavantajlı kesimdeki kadınlar aleyhine işlediği açıktır. Bu durum, hukuki düzenleme temelinde bir ayrımcılık yasağı gibi gözükmesine dahi, uygulama ve sosyal hayatta toplumun üst katmanı kadınlarının fiilen yasaktan etkilenmemesi ve fakat toplumun sosyoekonomik yönden zayıf katmanındaki kadınların fiili bir ayrımcılığa maruz kalması sonucunu doğurur. Hukuki açıdan olmasa bile, bu durum uygulamada ayrımcılık yasağının ihlali anlamını taşır.

6. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

AİHS 2. maddesiyle yaşama hakkı korunmuştur. Bu bağlamda yaşam hakkının ne zaman başladığı değerlendirilmek gerekmiştir. Burada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuya ilişkin kararları irdelenecektir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu H-v. Norveç başvurusunda, 14 haftalık gebeliğin sosyal

nedenlerle sonlandırılmasını sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Komisyon, sözleşmeye üye devletlerin gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin mevzuatlarını serbestçe düzenlemeye yetkileri olduğunu belirtmiştir. Devletlerin yasal düzenlemelerine karşı ceninin yaşama hakkının sözleşme ile uyumlu olmadığı iddialarının kabul edilemeyeceğini belirtmiştir²⁹¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Paton v. UK kararında, ceninin yaşama hakkının annenin haklarından ayrı değerlendirilemeyeceğini, annenin tercihleri doğrultusunda sınırlandırılabilirliğini belirtmiştir. Yine Bruggeman v. Scheuten FRG başvurusunda komisyon, sözleşmenin 8. maddesine aykırı bulmuş, bunun özel hayata müdahale oluşturacağını belirtmiştir²⁹².

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 2. maddesindeki yaşama hakkının korunmasının kapsamı bakımından açık bir değerlendirmeyi X v. United Kingdom kararında yapmıştır. Komisyon, sözleşmenin 2. maddesinde yer alan “herkes (everyone)” teriminin doğmamış çocuğu kapsamına almadığını belirtmiştir²⁹³. Gerekçede, yaşamın başlangıcı konusunda farklı görüşlerin olduğunu, yaşamın başlangıcı olarak kadının gebe kalmasının, döllenmiş yumurtanın ana rahmine yerleşmesi -nidation anının, ceninin yaşayabilir hale gelmesinin veya sağ doğmuş olmanın kabul edildiği kaydedilmiştir. Kürtaj sözleşmenin 2. maddesinin 2. fıkrasındaki istisnalardan değildir. Kürtajın annenin yaşamını ve sağlığını korumak için 2. (1) fıkranın 1. cümlesine uygun olduğunu, bu maddenin gebeliğin ilk aşamasına da uygulanabilir olduğu kabul

²⁹¹ H-v. Norway Application, No. 17004/90, Nakleden, Burcu Dönmez, 136.

²⁹² Dönmez, 137.

²⁹³ AİHK, AİHS. m. 2'nin “herkesin hayat hakkının korunması(na)” ilişkin önüne gelen bir kısım şikayette, hayat deyiminin cenini de kapsayıp kapsamadığına dolaylı olarak değinmiştir. Komisyon soruna açık ve kesin bir yanıt vermemiş olmakla beraber gerek bu maddede geçen “herkes”, “hayat” deyimlerini, gerekse Sözleşme'nin öteki maddelerinde bireye ilişkin olarak kullanılan terimleri yorumlayarak, söz konusu hükmün doğumdan sonraki yaşamı ifade eder görüldüğü sonucuna varmaktadır. Komisyona göre 1. Fıkradaki “herkes” deyimini doğacak çocuğa uygulanabilir görünmemektedir; keza yaşama hakkının, gebeliğin başlangıcından itibaren cenin bakımından da güvence altına alındığı varsayılsa bile bu hak tıbbi neden ve gerekçelerle söz gelimi, ananın sağlığı için gebeliğe son vermeyi meşru kılan zımni sınırlamalara konu olabilir (Kom. K., X., v. İngiltere, 13.5.1980, no. 8416 / 79, DR 19, 244 ve Bruggeman – Scheuter v. Almanya, 12.7.1977, no. 6959/75, DR 10, 100). Nakleden Gölcüklü, F./ Gözübüyük, A.Ş., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1994, 164.

edilecek olursa, bu aşamada kadının yaşamı ve sağlığını koruyan kürtajın zimnen sınırlandırılmak suretiyle cenine yaşama hakkı tanınmış olacağını ifade etmiştir²⁹⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Open Door and Dublin Well Women v. İrland Kararında, İrlanda'nın kürtajı yasaklamasının AİHS 2. madde hükmüne uygun olup olmadığı sorunun tartışmasına girmemiş, kadının hakları ile cenin hakları arasında adil bir denge kurulması gerektiğini belirtmiştir²⁹⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2004 tarihli Vo v. Fransa kararında hastaneye genel check-up yaptırmak üzere giden beş aylık hamile Bayan Vo, benzer isimli bir başka hastayla karıştırması sonucu doktor tarafından gebeliği sonlandırılır. Bunun üzerine gebeliği sonlandırılan kadın, doktor aleyhine kendisine yönelik taksirle yaralama, çocuğuna yönelik taksirle insan öldürme suçlarından şikayetçi olmuştur. Yargılamayı yapan Lyons Ceza Mahkemesi, doktor hakkında taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan beraat kararı verir. Kararın gerekçesi, Fransız Ceza Kanununa göre, 20-21 haftalık cenin henüz kişilik kazanmadığından insan öldürme suçu gerçekleşmez. İstinaf mahkemesi ise, taksirli hareket ile sağlıklı bir ceninin bilimsel gerçekler ve genel hayat tecrübeleriyle değerlendirildiğinde, ölümüne sebebiyet verilmesinin taksirle insan öldürme suçunu oluşturacağını kabul ederek, beraat kararını bozar. Fransız Temyiz Mahkemesi, 1999 tarihli kararıyla, ceninin henüz kişilik kazanmadığı, ceza kanunu kapsamında ceninin özel hükümlerle korunduğu gerekçesiyle İstinaf Mahkemesi kararını bozmuştur²⁹⁶.

Bayan Vo, Fransa aleyhine, taraf devletlerin AİHS 2. maddesi gereği, “insan hayatının korunması için önleyici ve cezalandırıcı düzenleme” konusunda pozitif yükümlülüğünün bulunduğunu ve bu yükümlülüğünün cenine karşı taksirle insan öldürme suçunu da kapsadığını belirterek AİHM'e başvurmuştur. Fransız hükümeti, sözleşmenin 2. maddesinin cenin yaşam hakkını korumadığını, kişi kavramına sadece doğmuş kişilerin girdiğini savunmuştur.

²⁹⁴ 13.5.1980 tarih, 8416/79 sayılı X v. UK Komisyon Kararı; bkz. Doğru/ Nalbant, 33.

²⁹⁵ Bkz. Doğru/ Nalbant, 34.

²⁹⁶ 8.7.2004 tarih, 53924/00 sayılı Vo v. Fransa kararının özet çevirisi için bkz. Doğru/Nalbant, 31 vd.

AİHM, Vo v. Fransa kararında, ceninin yaşama hakkının sözleşmenin 2. maddesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda bir karar vermekten kaçınmıştır. İnsan hayatına karşı taksirle müdahalelere ilişkin yeterli bir yasal düzenleme bulunuyorsa, ayrıca cenine karşı taksirle işlenen fiile karşı cezai bir düzenleme zorunluluğunun bulunmadığını belirtmiştir. Yine AİHM'in, yerel hukukun tercih ve düzenlemelerine müdahale yetkisinin bulunmadığını, AİHM'nin görevinin ikincil derecede olduğunu belirterek, Fransa tarafından 2. maddenin ihlal edildiğine ilişkin başvuruyu reddetmiştir²⁹⁷.

AİHM'nin cenin- gebe kadın hakları dengesini sorgulatan bir diğer kararı da A, B, and C v. Ireland davasında verilmiştir. Davada AİHM, davacı üç kadının İrlanda'daki kürtaj kısıtlamalarının toplumsal damgalanma ve aşağılanmalarına yol açtığı; ayrıca sağlıklarının bozulmasına hatta C için hayati risk oluşturmasına neden olduğu iddialarıyla, yaşam hakkı ile özel yaşama ve aile yaşamına saygı haklarının ve işkence veya insanlık dışı ya da onur kırıcı davranış yasağının ihlali kapsamında yaptığı şikayetleri incelemiştir. Mahkeme, A ve B'nin özel hayata ve aile yaşamına saygı hakkı çerçevesindeki şikayetlerini; Avrupa Birliği'ne üye diğer devletlerde bu konudaki düzenlemelerin daha ileri olduğu, ancak insan yaşamının ne zaman başladığına dair yasal ve bilimsel bir fikir bulunmadığından bu konunun devletlerin takdirine bırakıldığı ve dolayısıyla olayda İrlanda'nın ceninin ve gebe kadının haklarının dengelenmesi konusunda takdirinin bulunduğu gerekçeleriyle reddetmiştir. AİHM, C'nin durumunu ise, kendisinin gebelikle eşzamanlı olarak az görülen bir kansere yakalanmış olması nedeniyle ayrı incelemiştir; İrlanda Anayasası'na göre ciddi sağlık sorunları nedeniyle kürtajın İrlanda'da gerçekleştirilmesinin yasal olarak mümkün bulunduğu, ancak davalı devlet yasalarında hangi durumların ciddi sağlık kategorisi altında değerlendirilebileceği hususunun muğlak olduğu, buna karar verecek yegane otoritenin gebe kadının hekimi ile sınırlı tutulduğu, onun ise bu kapsamdaki değerlendirmesinin Anayasa'ya aykırı bulunması halinde ciddi bir cezalandırılma riski altında bulunduğu, dolayısıyla İrlanda'da yasal yollardan kürtajın gerekliliğinin kanıtlanabilmesinin çok uzun ve karışık prosedürler gerektirdiği nazara alındığında C'nin durumundaki biri için bu olanağın hayata

²⁹⁷ Tezcan/ Erdem/Sancaktar/Önok, 96-97; Dönmez, 137 vd.

geçirilmesinin mümkün olmadığı kanısına dayanarak, İrlanda'nın anayasal bir hak olarak İrlanda sınırları içinde yasal kürtaj hakkını sağlamakta başarısız olduğu ve dolayısıyla C'nin özel hayatına ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir²⁹⁸.

AİHM benzer bir kararı, Tysiac v. Poland davasında vermiştir. İleri derecede miyop olan ve üç çocuğunu yalnız büyüten Bayan Tysiac, yeniden hamile kalması üzerine danıştığı doktorunun sağlık nedenleriyle kürtajına gerek bulunmadığı, gebeliğin sağlık durumunu kötüleştirmeyeceği yönünde karar vermesinin ardından doğumdan sonra sağlık durumunun ciddi derecede kötüleşmesi ve ciddi görme kaybına uğraması üzerine doktrundan şikayetçi olmuş, ancak doktor hakkındaki yasal girişimleri sonuç vermemiştir. Bunun üzerine Bayan Tysiac'ın işkence veya insanlık dışı ya da onur kırıcı davranış veya cezanın yasaklanması hakkının, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkının, etkili hukuk yollarının mevcudiyeti hakkının ve ayrımcılık yasağının ihlali gerekçeleriyle şikayetçi olmuştur. Mahkeme kararında, Polonya devletinin tıbbi nedenlerden kaynaklanan kürtajı yasal kabul ettiğini belirttikten sonra; davacıya tanınan bu hakka rağmen Polonya yasalarının bu ve benzer durumlarda yasal bir kürtajın koşullarının oluşup oluşmadığını belirleyebilecek etkili mekanizmaları içermediği; Bayan Tysiac'ın sonradan başvurduğu hukuki yolların da onun bedensel bütünlüğünü korumaya yeterli olmadığı gerekçeleriyle Polonya Devleti'nin özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir²⁹⁹.

Türkiye'nin de katıldığı Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi'nin kabul ettiği 2008 tarih ve 1607 sayılı kararda; güvenilir ve ucuz kürtaja ulaşım olanaklarına getiren sınırlamalardan kaygı duyulduğunu, kadınların güvenli biçimde tıbbi yolla gebeliğini sonlandırabilmesine ilişkin tıbbi hizmetlerin erişilebilirliğine sınırlama getirilmemesini belirtmiştir. Kararda ayrıca bütün

²⁹⁸ Case of A., B. and C. v. Ireland, ECHR, 16 December 2012, Application no 25579/05, nakleden Albayrak, G/Özdemir, D., Fetüs v. Kadın Hakları İnsan Hakları ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Kürtaj Sorunu Güncel Hukuk, Temmuz 2012, 46.

²⁹⁹ Case of Tysiac v. Poland, ECHR, 20 March 2007, Application no 5410/03, nakleden Albayrak/Özdemir, 46.

insanları ve özellikle kadınların kendi vücutları üzerinde denetim hak ve özürlüğüne saygı gösterilmesini, kürtajın suç olmaktan çıkarılmasını öngörmüştür³⁰⁰.

B. Uluslararası Bildirgeler

24 Eylül 2001 tarihli Anne Hakları Bildirgesi, inceleme konumuzu yakından ilgilendirmektedir. Anne Hakları Bildirgesi m.1'e göre, "**annelik hür seçim olmalıdır. Her kadın çocuk sahibi olma, doğum sıklığını saptama ve sahip olmak istediği çocuk sayısını belirleme hakkını haizdir... Etkili koruma yöntemleri her kadına ulaştırılabilir.**" Bildirgenin devam eden maddelerinde kadınların üreme sağlığı, gebelik vb. konularda eğitim ve bilgi alma hakkı tanınmıştır. Kadınların ülke yönetimlerince doğru yönlendirilme ve gereksiz risklerden uzak gebelik garantisi sağlanmasını isteme, gebelikte yeterli, kaliteli sağlık hizmetlerinden yararlanma, gebelik ve doğumda uygulanacak tıbbi girişim ve gelişmeler hakkında yeterli bilgilendirme hakkı, en güvenilir işleme ulaşma hakkı tanınmıştır. Kadın bu işlemler hakkında bağımsız karar verme hakkına sahiptir. Gebelikte annenin iş ve sosyal güvenceleri garanti edilmelidir.

Bildirinin konumuzu ilgilendiren en önemli hükmü, m.7'de yer almaktadır. Bu hükme göre: "**Her kadın gebeliğine gönüllü son verme, ayırım, cezalandırma ve sosyal dışlanmayla karşılaşmama hakkına sahiptir.**"

Bildirge m.8'de, annelik haklarının sosyal yapı ile sınırlandırılmayacağı, m.9'da ise, anne karar vermeyi gerektiren durumlarda, üreme işlemleri sırasında baba ile sorumlulukları paylaşabileceği, babanın annenin düşüncelerine saygı duyma sorumluluğunun bulunduğu, annelik açısından her kadının eşi tarafından zorlanmama hakkı bulunduğu belirtilmektedir. Bildirge m.11'de ise, kadının kendisi ve fetüsü etkileyecek tanı ve tedavi amaçlı karar süreçlerinde yer alma, her kararın bağımsız alınması gerektiği, anne adayının konuya ilişkin bilgilendirilme hakkına sahip olduğu açıklanmıştır³⁰¹.

³⁰⁰ Türmen, R; AİHM kararları ve kürtaj.

³⁰¹ Bildirge metni için bkz. Hakeri, H./ Ünver, Y./Çakmut, Ö.Y., Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı, Ankara 2013, 51.

§4. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

A. Genel Olarak

Dünyada kesin kürtaj yasağı getiren ülke sayısı azdır. Diğer ülkelerin çoğunda, belli kurallar çerçevesinde gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmektedir. Ülkelerin bir kısmında gebeliğin sonlandırılması, yalnızca gebeliğin sürdürülmesini çekilmez kılan belli nedenlerin varlığı durumunda kabul edilmektedir. Birçok ülkede, gebeliğin sonlandırılmasına hayati bir tehlikeyi ya da büyük ve ağır bir bedensel zarara uğrama tehlikesini bertaraf etme amacına hizmet ediyorsa izin verilmektedir.

Gelişmiş ülkelerde sosyoekonomik zorunluluk sebeplerinin bulunması durumunda da gebeliğin sona erdirilmesine olanak tanınmıştır. Örneğin, kadının gebeliğini sürdürmesi, doğacak çocuğa bakması zamansal, bedensel ve ruhsal gücü ya da ekonomik bakımdan kendisinden beklenemeyecek bir zorluk oluşturacaksa, gebeliğin sonlandırılmasına imkan tanınmaktadır. Gebeliğin sonlandırılmasına izin verilebilmesi bakımından, gebeliğin suç teşkil eden bir fiil sonucunda oluşması nedeniyle gebe kadının gebeliğini sürdürmesinin kendisinden beklenemediği - etik ve kriminolojik indikasyon – durumlar, yine çocuğun bedensel ve zihinsel ağır zarara uğramış şekilde -genetik ve embriyon patolojisi indikasyonu- doğacağı yönünde teşhisin bulunması gibi makul başka nedenler de kabul edilmektedir. Bir çok ülkede başkaca şart aranmaksızın belirli süre içinde kadının istemiyle gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmektedir. Buna karşılık, bazı ülkelerde süreye bağlı olmaksızın çeşitli indikasyonların varlığı halinde gebeliğin sona erdirilmesine yasal olanak tanınmaktadır. Bunun yanında bazı ülkelerde hem süre şartı, hem de indikasyon modeli birlikte uygulanmaktadır.

Aşağıdaki tabloda, 1997 yılı itibarıyla ülkeler, gebeliğin cezalandırılmaksızın sonlandırılması bakımından tayin ettikleri şartlara göre sınıflandırılmıştır³⁰².

³⁰² Tablo ve konu hakkında daha geniş bilgi için bkz. Singh, S. / Wulf, D. / Hussain, R. / Bakole, A. / Sedgh, G., *Abortion Worldwide: A Decade of Uneven Progress*, Guttmacher Institute,

Şartlar	Ülke
<p>Gebe kişinin hayatının kurtarılması</p> <p>(Hayati indikasyon)</p>	<p>Afganistan, Mısır, Angola, Bangladeş, Benin, Brezilya, Şili, Dominik Cumhuriyeti, El Salvador, Fildişi Sahilleri, Gabon, Guatemala, Haiti, Honduras, Endonezya, İran, İrlanda, Yemen, Kenya, Kolombiya, Kongo, Laos, Lesoto, Lübnan, Libya, Madagaskar, Mali, Moritanya, Mauritius Adası, Meksika, Burma, Nepal, Nikaragua, Nijer, Nijerya, Umman, Panama, Papua Yeni Gine, Paraguay, Filipinler, Senegal, Somali, Sri Lanka, Sudan, Suriye, Tanzanya, Togo, Çad Cumhuriyeti, Uganda, Venezuela, Birleşik Arap Emirliği</p>
<p>Gebe kişinin hayatının ya da vücut sağlığının kurtarılması</p> <p>(Tıbbi indikasyon)</p>	<p>Arjantin, Etiyopya, Bolivya, Burkina Faso, Burundi, Kosta Rika, Ekvador, Eritrea, Gine, Kamerun, Kuveyt, Malavi, Fas, Mozambik, Pakistan, Peru, Polonya, Ruanda, Suudi Arabistan, Zimbabve, Güney Kore, Tayland, Uruguay</p>
<p>Gebe kişinin hayatının, vücut ya da ruh sağlığının kurtarılması</p> <p>(Genişletilmiş tıbbi indikasyon)</p>	<p>Cezayir, Avustralya, Botsvana, Gambia, Gana, Hong Kong, Irak, İsrail, Jameika, Ürdün, Liberya, Malezya, Namibya, Yeni Zelanda, Kuzey İrlanda, Portekiz, İsviçre (2002'ye kadar), Sierra Leone, İspanya, Karayipler</p>
<p>Gebe kişinin hayatının, vücut ya da ruh sağlığının kurtarılması ya da sosyal, ekonomik nedenlerle</p> <p>(Sosyal indikasyon)</p>	<p>Finlandiya, Büyük Britanya, Hindistan, Japonya, Zambiya, Tayvan</p>
<p>Gebeliğin erken evresinde koşulsuz gebeliğin sona erdirilmesi</p> <p>(Süre düzenlemesi)</p>	<p>Arnavutluk, Ermenistan, Azerbaycan, Belçika, Bosna Hersek, Bulgaristan, Çin, Danimarka, Almanya (danışmanlık konsepti), Estonya, Fransa, Gürcistan, Yunanistan, İtalya (danışmanlık konsepti), Yugoslavya, Kamboçya, Kanada, Kazakistan, Hırvatistan, Küba, Kırgızistan, Litvanya, Makedonya, Moldova, Moğolistan, Hollanda, Kuzey Kore, Norveç, Avusturya, Porte Riko, Romanya, Rusya, İsveç, İsviçre (1.10.2002'den itibaren), Singapur, Slovakya, Slovenya, Güney Afrika, Tacikistan, Çek Cumhuriyeti, Tunus, Türkiye, Türkmenistan, Ukrayna, Macaristan, Amerika Birleşik Devletleri, Özbekistan, Vietnam, Beyaz Rusya</p>

www.gutmacher.org.; CfRR, the world's abortion laws, fact sheet, New York: CfRR 2008; Krş. Schwarzenegger/Heimgartner, 110.

Gebeliğin sonlandırılmasında son derece sınırlayıcı hukuki düzenlemeye sahip ülkeler arasında Şili, Kolombiya ve İrlanda yer almaktadır. İrlanda'da 18.12.1992 tarihli Anayasa değişikliğiyle kadınlara gebeliğin sonlandırılması için yurtdışına seyahat hakkı tanınmıştır.

Gebeliğin sonlandırılmasını hayati indikasyon şartına bağlayan ülkeler grubunda, gebeliğin sonlandırılmasına yalnız gebe kadının hayatının kurtarılması için izin verilmektedir. Afganistan, İran, Yemen, Libya, Suriye bu ülkeler arasında yer almaktadır. Avrupa ülkeleri ve Amerika Birleşik Devletleri eyaletlerinin çoğunda, gebeliğin sonlandırılmasında süre modeli kabul edilmektedir. Süre modelini kabul eden ülkelerde bu sürenin 10 ila 24 hafta aralığında değiştiği görülmektedir. Gebeliğin sonlandırılması bakımından en liberal yasal düzenlemeye sahip ülkelerin başında Kuzey Avrupa ülkeleri Danimarka, Finlandiya, Norveç ve İzlanda gelmektedir.

Gebeliğin kadının istemiyle sona erdirilmesinde sürenin başlangıcı, son adet gününden, döllenenmeden ya da dölleniş yumurtanın ana rahmine yerleşmesinden itibaren hesaplanmaktadır. Bu süreden sonra dahi, çoğu ülkede tıbbi veya embriyo patolojik indikasyonlar sebebiyle gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmekte, suç sayılmamaktadır.

B. Anglo Sakson Hukuku

I. İngiliz Ceza Hukuku

İngiliz Ceza Hukukunda çocuk düşürme suçları 1861 tarihli Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Yasası'nın 58. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, gebe kadının hukuka aykırı olarak zehir veya sair zararlı madde kullanmak veya sair vasıta ve yöntemlere başvurmak suretiyle çocuğunu düşürmeye teşebbüs etmesi halinde cezalandırılacağı öngörülmektedir.

Yine, gebe olsun ya da olmasın, bir kadına çocuk düşürtmek maksadıyla zehir veya sair zararlı madde veren veya bunları almasını sağlayan ya da sair

hukuka aykırı vasıta ve yöntemler uygulayan kişinin cezalandırılacağı belirtilmektedir³⁰³.

Bu suçlara ilişkin ceza davası iddianameye dayalı olarak görülür³⁰⁴. Anılan hükme göre, fail birinci ihtimalde gebe kadındır; diğerinde ise herhangi bir kişidir. Her iki halde de, suçun gerçekleşmesi için çocuğun düşmesi neticesinin doğması aranmaz. Ancak, kadın gebe olduğunu sanarak bu fiili işlerse cezalandırılmaz. Ne var ki, fiil bir başkası tarafından işlenirse bu hal cezasızlık sebebi değildir; fakat failde çocuk düşürme kastının varlığı aranır.

Bu fiilin zehir, zararlı madde veya sair vasıta ve yollarla işlenebileceği anılan hükümde düzenlenmiştir. Zehir zarar vermeyecek dozajda olsa dahi suçun işlendiği kabul edilir.

Zehir dışında sair zararlı maddelerden maksat, az miktarda kullanılması halinde zararsız olsa bile, verildiği dozaj itibarıyla zararlı olabilecek herhangi bir şeydir.

Fiilin işlenmesinde diğer vasıta ve sair yöntemlerden bahsedilmektedir. Bu terim, son derece geniş olup, cenine dijital müdahalelerden kadının karnına vurulmasına kadar çeşitlilik gösterebilir. Failin kullandığı vasıta ve sair müdahale şekillerinin çocuk düşürmeye elverişli olmaması önemsizdir. Çocuk düşürme suçu çoğu halde kadının rızasıyla işlenmekle beraber, kadının rızası hilafına işlenmesi de bu suç kapsamındadır.

Fiilin çocuk düşürmek kastıyla işlenmesi şarttır. Suçun işlenebilmesi için döllenmiş yumurtanın rahme yerleşmesi gereklidir. Döllenmiş yumurtanın ilaç veya sair vasıtalarla rahme tutunmasının (nidasyon) engellenmesi durumunda bu suç oluşmaz³⁰⁵.

³⁰³ Birch, D. vd., 165, kn. B1.61.

³⁰⁴ Birch, D. vd., 165, kn. B1.62.

³⁰⁵ Card, Richard, Criminal Law, Leicester 2004, 16. Bası, 304 – Yazarlar, R. v. Secretary of State for Health davasında döllenmiş yumurtanın rahme yerleşmesini engelleyen ertesi gün hapı olarak bilinen ilacın kullanımının çocuk düşürme iradesi taşımadığına karar verildiğini belirtmektedir. Yine Dhingra (1991) davasında, döllenmiş yumurtanın rahim duvarına yerleşmesi tamamlanincaya kadar düşükten bahsedilemeyeceğine karar verilmiştir. Buna dayanılarak çoklu

İngiltere’de 1967 yılında Gebeliğin Sonlandırılmasına Dair Kanun kabul edilmiştir³⁰⁶. Bu kanun hükümlerine göre, kanunda izin verilen haller dışında çocuk düşürme fiilleri yasaklanmıştır. Kanuna göre, 24 haftayı aşmayan gebeliklerde; a) gebe kadının hayatı b) gebe kadının bedensel veya ruhsal sağlığı c) ailenin diğer bir çocuğunun bedensel ve ruhsal sağlığı için daha büyük tehlike oluşturuyorsa; yine, d) çocuğun bedensel veya zihinsel engelli doğması tehlikesi bulunuyorsa gebeliğe son verilebileceği kabul edilmiştir³⁰⁷.

Bu şartların varlığı yetkili iki hekim tarafından saptanmış olmalıdır. Kanun, belli sağlık kurum ve kuruluşlarında gebeliğin sonlandırılmasına izin vermiştir. Gebeliğin sonlandırılması ameliyesini gerçekleştiren hekim, yasal şartların varlığına karar verenlerden başkası olmalıdır. Çoklu gebeliklerde, rahimdeki döllenmiş yumurta sayısını azaltma ameliyesinde de Kanunun öngördüğü usul ve şartlara uyulmalıdır. Aksi hal, fiilin çocuk düşürme suçu kapsamında değerlendirilmesine yol açacaktır³⁰⁸.

Kanunun belirlediği usul ve şartlar, İngiliz içtihat hukukuyla ilkeleri belirlenen zorunluluk haline dayanılmasına engel değildir. Örneğin, yolculuk sırasında kara saplanmış trende mahsur kalmış gebe kadının hayatını kurtarmak amacıyla yetkili olmayan bir hekim tarafından yasadaki usule uyulmadan çocuk düşürme fiili işlenmişse bu, hukuka uygun kabul edilir³⁰⁹.

İngiliz Ceza Kanunu Tasarısının 66 ve 67. maddelerinde, kasten çocuk düşürme fiilinin gebe kadın veya başkası tarafından işlenmesi ayrı suçlar olarak yeniden düzenlenmiştir. Tasarıda, yürürlükten farklı olarak, teşebbüs yeterli

gebeliklerde diğer gebelik mahsulünün ve annenin yararına, henüz rahim duvarına implantasyonu tamamlanmadan selektif indirgemedede çocuk düşürmeden bahsedilemeyeceği, çoklu gebeliğin selektif olarak indirgenmesinin çocuk düşürme fiilini teşkil etmeyeceği değerlendirmesi yapılmakla beraber, bunun 1967 tarihli İngiliz kürtaj yasasına hükümlerine tam olarak uygun görülmediği belirtilmektedir.

³⁰⁶ Bkz. Baker, 439.

³⁰⁷ İngiltere ve Wales’da son beş yılda yaklaşık 1000.000 düşüğün gerçekleştirildiği belirtilmektedir. Baker, 440 vd.; 442.

³⁰⁸ Card, 306.

³⁰⁹ Card, 305.

olmayıp gebeliğin sonlandırılması şartı aranmaktadır. Kuşkusuz bu hal teşebbüsün cezalandırılmasına engel değildir. Ancak, kadının gebe olduğunu zannederek fiili işlemesi halinde ceza sorumluluğu doğmayacaktır.

İngiliz Ceza Hukuku, yaşama kabiliyeti olan bir çocuğun anneden tamamen ayrılıp bağımsız bir varlık olmadan önce kasten öldürülmesini 1929 tarihli Çocuk Yaşamını Koruma Kanunu'nun 1. maddesinde ayrı bir suç olarak tanımlamış ve cezalandırmıştır. Bu suçun gebeliğin sonlandırılmasından farkı, fiilin anneden ayrı olarak yaşama kabiliyetini kazanmış bir çocuk aleyhine işlenmesidir. Bu suç da, İngiliz Ceza Kanunu Tasarısının 69. Maddesinde yeniden düzenlenmiştir. Gebeliğin kasten ve hukuka aykırı sonlandırılması suçu ile yaşama kabiliyeti kazanmış fakat henüz annesinden tamamen ayrılmamış çocuğun öldürülmesi suçlarının uygulama sahalarının bir ölçüde birbiriyle kesiştiği görülmektedir³¹⁰.

II. İrlanda Ceza Hukuku

İrlanda'da öteden beri, gebeliği sonlandırma kesin olarak yasaktır. 1861 tarihli Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Yasası (Offences Against the Person Act) gebeliğin sonlandırılması fiilini suç saymış ve ömür boyu hapis cezası öngörmüştür. Bu yasa kural olarak halen yürürlüktedir. Bu yasak, 1983 tarihinde yapılan referandumda yüzde 53,7 oyla pekiştirilmiştir. Referandum Anayasa'da kaynağını bulan "henüz doğmamış olan çocuğun yaşam hakkı" lehinde sonuçlanmış; gebe kadının yaşam hakkıyla ceninin yaşama hakkının aynı derecede gözetileceği ve bu hakka olabilen en geniş korumayı sağlamanın devletin görevi olduğu kabul edilmiştir³¹¹.

1992 Şubatında İrlanda Yüksek Mahkemesi'nce, ırza geçme sonrasında gebe kalan ve intihara kalkışma riski altındaki 14 yaşındaki bir kızın, gebeliğini

³¹⁰ Card, 307; Baker, 446; İngiltere'de eskiden döllenmeden itibaren canlı doğabilme kabiliyeti olan çocuğun, kadının hayatını korumak amacı dışında düşürülmesini cezalandırıyor ve gebeliğin 28 haftasında ceninin sağ doğabileceği farz edilmekte idi. 1990 t.li Human Fertilisation and Embryology Act 24 haftadan sonra kadının fiziksel ve ruhsal sağlığı bakımından ağır tehlike olmadıkça gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmemektedir.

³¹¹ Huber, B., Landesbericht Republik Irland, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, (Hrsg. Eser / Koch) Teil 1, Baden Baden 1988, 782 vd.

sonlandırmak için İngiltere'ye seyahatine izin verilmiştir. İntihar tehlikesi, yaşam tehlikesi kapsamında değerlendirilerek gebeliğin sonlandırılmasının bir sebebi olarak kabul edilmiştir. Ekim ayında Open Door Counselling ve Dublin Well Woman Centre adlı Danışma Merkezleri açılması üzerine, İrlanda dışında gebeliğin sonlandırılması imkanlarına ilişkin danışma hizmeti vermek hakkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde dava konusu yapılmış ve tartışılmıştır. Kasım ayında gebeliğini sonlandırmak için yurtdışına gitmek hakkı ve bu konuda bilgilendirme hakkı için İrlanda'da halkoylaması yapılmıştır.

2002'de bu konuda anayasa değişikliği için yapılan referandumda teklif çok az farkla reddedilmiş, böylece intihar tehlikesi yasaya uygun surette gebelik sonlandırılmasının sebebi olarak kabul edilmemiştir.

2009 Ağustos'unda AİHM üç İrlandalı kadının başvurusunu değerlendirmeye almıştır. Başvurucular, gebeliği sonlandırma yasağının yaşam hakkını ve özel ve aile yaşamının dokunulmazlığına ve yine gayri insani muamele ve ayrımcılığa tabi tutulmama haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. AİHM 2010 tarihli kararında, davacılarından C'nin başvurusunu kabul etmiş; İrlanda'da yasal yollardan kürtajın gerekliliğinin kanıtlanabilmesinin çok uzun ve karışık prosedürler gerektirdiği nazara alındığında C'nin durumundaki biri için bu olanağın hayata geçirilmesinin mümkün olmadığı kanısına dayanarak, İrlanda'nın anayasal bir hak olarak İrlanda sınırları içinde yasal kürtaj hakkını sağlamakta başarısız olduğu ve dolayısıyla C'nin özel hayatına ve aile yaşamına saygı hakkını düzenleyen AİHS'nin 8. maddesi hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

İrlanda kamuoyunda gebeliği sonlandırma yasağına ilişkin kamuoyundaki tartışmalar 31 yaşındaki S. H.'nin 28 Ekim 2012'de Galaway Üniversitesi Hastanesi Kliniğinde ölmesiyle artmıştır. S. H.'nin sağlık şikayetlerine rağmen, ceninin kalp atışlarına dayanılarak gebeliği sonlandırma reddedilmiştir. Hekim ceninin artık yaşama kabiliyetinin olmadığına karar verdikten ve cenini tahliye ettikten kısa bir süre sonra S. H. kan zehirlenmesi sebebiyle ölmüştür. Bu olay, İrlanda'da gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin yasal düzenlemelerde reform yapılması taleplerini artırmıştır.

İrlanda'dan her yıl binlerce kadının gebeliğini sonlandırmak amacıyla İngiltere'ye ve Hollanda'ya seyahat ettiği belirtilmektedir.

İrlanda da gebeliğin kadının yaşamı için ağır tehdit oluşturduğu haller dışında, gebeliğin sonlandırılması suçtur. İrlanda da gebeliğin sonlandırılması, anayasal ve yasal hükümlerle düzenlenmiştir. 1861 tarihli Kişilere Karşı İşlenen Suç Yasası'yla birlikte, İrlanda Anayasası da 1983'de değiştirilmiş, henüz doğmamış çocuğun gebe kadınla eşit yaşam hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu nedenle gebelik kadının yaşamını tehlikeye koymuyorsa, ceninin yaşam hakkının korunmasına üstünlük ve öncelik tanınmaktadır³¹².

AİHM'nce görülen bir davada; yurtdışında gebeliği sonlandırmak için bilgi ve hizmet sunmanın yasal olup olmadığı, Open Door Counselling Ltd v. Ireland davasında tartışılmıştır. AİHM çoğunlukla verdiği kararında; İrlanda yasalarındaki yasağın AİHS'ne aykırılık teşkil ettiğini; telkini olmayan danışmanın muhakkak gebeliğin sonlandırılmasına sevk edeceğinin söyleneceği, kadının bilgilendirme hakkından yararlanmasının engellenmesi onun sağlığını tehlikeye koyabileceğinden İrlanda aleyhine karar vermiştir. 1995 tarihinde İrlanda yasayla, gebe kadınlara yurtdışında gebeliğini sonlandırmak için bilgi verilmesinin şartlarını düzenlemiştir.

III. Amerikan Ceza Hukuku

ABD'de Federal Yüksek Mahkeme'nin 1973 yılında Roe v. Wade kararından itibaren³¹³, çocuğun yaşama kabiliyeti kazanmasına kadar gebeliğin sonlandırılmasına kural olarak izin verilmektedir. Bazı Federe Devletler hukuk sisteminde, gebe kadın için katlanması zor bir durum bulunması şartıyla gebeliğe son verilmesine olanak tanınmaktadır. Bazı Federe Devletlerde ise, gebelik sonlandırmaya ilişkin, zorunlu danışma, düşünme ve karar verme süresi, bu ameliyeyi yapacak klinikler için kliniklerin uyması gereken normlar ile küçükler için ebeveynlerin onayı gibi sınırlayıcı düzenlemeler getirmişlerdir.

³¹² Jackson, Emily; Medical Law, Oxford 2010, 701.

³¹³ Siegel, R. B., The Constitutionalization of Abortion, 1066; http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Siegel_ConstitutionalizationAbortion.pdf, erişim tarihi: 20.10.2013.

Amerika Birleşik Devletlerinde Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1973 yılında Roe v. Wade³¹⁴ ve Doe v. Bolton³¹⁵ kararlarından beri Eyaletler, gebe kadının kürtaj yaptırıp yaptıramayacağını, hangi sınırlar içerisinde, ne zaman ve hangi şartlar altında kürtaj yaptırabileceğini düzenleyen, kürtaja ilişkin esasları belirleyen yasalar çıkarmışlardır.

ABD Federal Yüksek Mahkemesi 1997 tarihli kararında, gebeliğin sonlandırılması ameliyesi yapan klinikler etrafında güvenlik çemberi denilen kürtaj karşıtı gösterilerin engelleneceği yer tespitinin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

Amerika Birleşik Devletlerinden 39 Eyalette, bu ameliyenin bir ruhsatlı hekim tarafından yapılması şartı aranmaktadır. 20 Eyalette gebeliğin belli bir aşamasından sonra bu ameliyenin hastanede yapılması öngörülmekte, 18 Eyalette de yine gebeliğin belli bir aşamasından sonra ikinci bir hekimin ameliyeye katılımı şartı aranmaktadır.

Amerika Birleşik Devletlerinin 41 Eyaletinde gebeliğin belli bir süresinden sonra yaşama kabiliyetine sahip ceninin düşürülmesi kural olarak yasaklanmış olup, ancak kadının hayatını veya sağlığını korumak için gerekmesi halinde tayin edilen bu gebelik süresinden sonra gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmiştir.

19 Eyalet yasasında "partial-birth" abortion yasağı yürürlüktedir. Bu Eyaletlerin üçünde "partial-birth" abortion yasağı sadece ceninin yaşama kabiliyeti kazanmasından sonraki aşamasında uygulanmaktadır. Federal Yüksek Mahkeme, 2007 tarihli kararında Kısmi Gebelik Sonlandırmanın Önlenmesine Dair Yasa'nın uygulanmasına ilişkin Eyaletlerin yapmış olduğu düzenlemeleri hukuka aykırı bulmamıştır.

Amerika Birleşik Devletlerinde 46 eyalet bireysel sağlık hizmeti sunanlara gebeliğin sonlandırılmasına yardımcı reddetme imkanı tanımıştır. 43 eyalet ise sağlık kuruluşlarının çocuk düşürme fiiline katkıda bulunmayı reddetmesine izin

³¹⁴ LaFave, W. R., Criminal Law, 5. Bası, Illinois, 2009, 770.

³¹⁵ LaFave, W. R., 179.

vermekte, bunlardan 16'sında ret imkanı yalnızca dini ve özel sağlık kuruluşlarına tanınmaktadır.

Gebe kadının, gebeliğin sonlandırılması öncesinde, 17 eyalette zorunlu danışmanlık alması şartı getirilmiştir. Bu kapsamda, göğüs kanseri ile çocuk düşürme arasındaki bağlantı, fötüsün acı hissetme kabiliyeti, gebelik sonlandırmasının kadın için uzun süreli ruhsal sağlığında etkileri olabileceği konusunda gebe kadının aydınlatılması şartı getirilmektedir.

ABD'nin 26 eyaletinde gebe kadının danışmanlık aldıktan sonra kararını vermesi için genellikle 24 saat olmak üzere belli bir bekleme süresi öngörülmüştür. Bu süreden sonra istemli çocuk düşürmeye izin verilmektedir. Bunlardan 9 eyalette gebe kadının çocuk düşürme için sağlık kuruluşuna en az iki defa gitmesi öngörülmüştür.

ABD'nin 38 eyaletinde küçüklerin gebeliğinin sonlandırılması için, küçüklerin bu yöndeki kararlarına ebeveynlerinin belirli şekillerde dahil aranmaktadır. 22 eyalette ebeveynlerden birinin veya her ikisinin rızası aranırken, 12 eyalette ebeveynlerden birine veya her ikisine bildirim yapılması aranmakta, 4 eyalette ise her iki ebeveyn bakımından hem izin hem de bildirim şartı aranmaktadır³¹⁶.

IV. Kanada Ceza Hukuku

Kanada Ceza Kanunu çocuk düşürtme ve düşürme fiillerini suç saymıştır (m.287/1, 2). Çocuk düşürtme suçunda kadının gebe olup olmaması önem taşımaz, önemli olan failin çocuk düşürtme amacıyla kadın üzerinde icra hareketlerini gerçekleştirmesidir. Kanada Ceza Kanunu m.287 fıkra 2'de çocuk düşürtme suçu düzenlenmiş; gebe kadının çocuğunu düşürtmek kastıyla icra hareketlerinin gerçekleştirilmesi iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. İcra hareketleri, ilaç veya sair zararlı madde veya herhangi bir araç kullanmak

³¹⁶ Guttmacher Institute; an overview an abortion laws, state policies in brief April 1, 2013, www.guttmacher.org.

ya da herhangi bir çocuk düşürmeyi tahrik edecek müdahalede bulunmak şeklinde tanımlanmıştır³¹⁷.

Kanada'da 1969'dan beri gebe kadının yaşamı ve sağlığı için tehlike arz etmesi halinde gebelik sonlandırmasına izin verilmektedir. Bu ameliyenin kamu hastanelerinde yapılması ve 3 hekimden oluşan komisyon önünde gebe kadının rızasını beyan etmesi gerekiyordu. Bu hal, hastanelerin uygulamasında büyük farklılıklar oluşturdu. Hekim Henry Morgen Taler yasaya aykırı bir biçimde toplumsal yarar temeline dayalı olarak özel bir gebelik sonlandırma kliniği açtığı için tutuklandı ve mahkum oldu. Dava Kanada Yüksek Mahkemesi önüne kadar taşındı. 1988 Yılında Anayasayla korunan yaşama hakkı, şahsi özgürlük ve güvenliğin temini gerekçesiyle yasal düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verildi³¹⁸. Bu karardan itibaren Kanada Parlamentosu kadının istemiyle gebeliğin tıbbi yolla sona erdirilmesine ilişkin yeni bir yasal düzenleme yapmak istemişse de, çalışmalar henüz sonuca ulaşmamıştır.

R. v. Morgen Taler 1993 kararından³¹⁹ sonra Kanada'da kadınlar kendi seçtikleri hekimlerle gebeliğini sonlandırıp sonlandırmamaya serbestçe karar verebilmektedirler. Kanada Yüksek Mahkemesi R. v. Morgen Taler kararında, kişilerin özel yaşamını doğrudan ilgilendiren önemli kararları almaya ilişkin şahsi özgürlüğünü garanti altına alır. Gebeliğini sona erdirip erdirmeme kararı esasen ahlaki bir karardır ve özgür ve demokratik bir toplumda devlet kişilerin bu kararına saygı göstermelidir. 1989 yılında Kanada Yüksek Mahkemesi Tremblay v. Daigle kararında kadının gebeliğini sona erdirmesini engellemek isteyen eski erkek arkadaşının Quebec Mahkemesinden almış olduğu men kararına ilişkin olarak gebeliğinin sona erdirip erdirmeme konusunda karar verme hakkının kadına ait olduğuna, kadının gebeliğini sona erdirme kararını alıp bu kararın

³¹⁷ Kanada Ceza Kanunu.

³¹⁸ Plagemann D., Landesbericht Kanada, Schwangerschaftsabbruch im Internationalen Vergleich, Eser, A./Koch, H. G. (Hrsg.) Teil 2. Baden Baden 1989, 618.

³¹⁹ <http://scc-csc.lexum.com/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/1053/index.do>, erişim tarihi 22.11.2013.

hayata geçirilmesi konusunda babanın yasal bir talep hakkının bulunmadığına karar vermiştir³²⁰.

C. Kıta Avrupası Hukuku

I. Alman Ceza Hukuku

Alman Ceza Kanununda çocuk düşürtme ve düşürme kural olarak cezalandırılan fiillerdir (DStGB § 218)³²¹.

Alman Ceza Kanununu § 218a hükmüne göre: belirli şartlarla gebeliğin sona erdirilmesi fiili suç tipine uygun değildir (danışma koşuluyla süre modeli)³²²; sosyal-tıbbi veya kriminolojik indikasyonlar varsa fiil hukuka aykırılık taşımaz (§

³²⁰ Tremblay v. Daigle (1989)2 SCR 530, <http://scc-csc.lexum.com/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/515/index.do>, erişim tarihi, 22.11.2013.

³²¹ Alman Anayasa Mahkemesi, Alman Anayasasının Temel Haklar başlığını altındaki İnsan Onurunun Korunmasına İlişkin m.1'in "İnsan onuru dokunulamaz. Devlet insan onurunu korumak ve saygı göstermek zorundadır" hükmü ile Kişisel Özgürlük Haklarını düzenleyen m.2'nin "Herkes yaşama ve vücut dokunulmazlığı hakkına sahiptir. Kişinin özgürlüğüne dokunulamaz. Bu haklar ancak kanunla sınırlanabilir." hükümlerine dayanılarak, devletin ana rahminde doğmamış çocuğun yaşamının korunması yükümlünün bulunduğu karar vermiştir. Bununla beraber, gebelik mahsulünün m.2, f.2'ye göre, yaşam temel hakkına sahip olup olmadığı hususunu açık bırakmıştır. Devletin koruma yükümlülüğü doğmamış çocuğun yaşam hakkını tanınması ve anneye karşı da bu hakkın geçerli kılınmasının hukuki düzenleme yapmasını gerektirmektedir. Bu itibarla gebeliğin sona erdirilmesi kural olarak yasaklanmalı, yalnızca sınırlı hallerde gebe kadının temel haklarıyla çatışması nazara alınarak gebeliğin sona erdirilmesi yasağına istisna tanınmalıdır. Alman Anayasa Mahkemesi, kadının gebeliğini sürdürmesinin kendisinden beklenemeyeceği tıbbi veya kriminolojik indikasyon halleri istisna tanınacak hallerde örnek olarak göstermektedir. Bununla beraber, embriyopatik indikasyonlar veya benzer ağır basan zaruret hallerini yasayla kanun koyucunun tanımlaması ve sınırlaması gerektiğini belirtmektedir. Bu istisnai haller dışında gebeliğin sona erdirilmesi yasaklanması kanun koyucunun zorunlu bir biçimde bu yasağın ihlalini suç sayarak cezalandırılması zorunluluğunu getirmemekle beraber, kanun koyucunun ceninin yaşamının gerektiği gibi korunma sağlaması için ceza hukuku yaptırımlarına başvurmaktan tamamen vazgeçilemeyeceğini belirtmektedir. Diğer taraftan gebeliğin erken döneminde kadının gebeliğini sürdürmeyi desteklemek, kadın gebeliğinin sürdürmeme yönünde karar almışsa bunu ceza yaptırımıyla engellemek kanun koyucunun takdirinde olduğunu belirtmiştir (BVerfGE 88, 203 s. 257, 258, 266). Nakleden, Arzt / Weber/ Heinrich / Hilgendorf, § 5, kn.17.

³²² Wessels J./Hettinger M., Strafrecht Besonderer Teil 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, Heidelberg, 2011, 35. Auf., 71-72, kn. 235, 236; Yazar bu durumun sırf tipikliği kaldıran bir sebep olarak görülüp, gebeliğin sona erdirilmesi fiili bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil etmemesi nedeniyle, gebeliği sonlandırma müdahalesinde bulunacak hekim bakımından pranga etkisi yaratacağını tartışmıştır.

218a f. 2 ve 3)³²³; 12 haftayı aşmayan gebeliğin hekim tarafından kadının rızasıyla ve en az müdahaleden 3 gün önce aydınlatılmış olması koşuluyla sona erdirilmesi cezasızlık sebebidir.

Gebeliğin kadının hayatını, ruh ve beden sağlığını tehlikeden korumak amacıyla hekim tarafından sona erdirilmesi hukuka aykırı değildir (§ 218a f.2). Aynı durum, Alman Ceza Kanunu § 218a f.3 uyarınca kadının mağduru olduğu bir cinsel saldırı sonucu oluşan gebeliğin sona erdirilmesi bakımından da söz konusudur.

Gebe kadının danışma şartı yerine getirildikten sonra, hekim tarafından 22 haftayı aşmayan gebeliğin sona erdirilmesi halinde ve ameliyenin yapıldığı sırada kadın özel zorlayıcı sebeplerin baskısı altında ise, mahkemece kadına ceza tayin edilmeyebilir (DStGB § 218a – 4). Bu şartlar bulunmaksızın fiil işlenmişse, suç tipinin basit şekline göre üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası; suçun nitelikli olması halinde altı aydan beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza tayin edilir. Çocuğunu düşürten kadın ise bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya veya para cezasına çarptırılır. Gebe kadın hariç, diğer kişilerin teşebbüs teşkil eden fiilleri cezalandırılır. DStGB §218b'de hekimin gebeliğin sona erdirilmesi sebeplerinin varlığına ilişkin teşhis ve tespiti olmaksızın veya gerçeğe uygun olmayan teşhis ve tespitle, gebe kadının çocuğunun düşürtülmesini düzenlemektedir. Hekimin gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin yasal yükümlülüklerine aykırı davranmasına bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezası veya para cezası tayin edilmiştir (DStGB §.218 c). Nihayet, DStGB § 219a ve §219b'de kazanç sağlamak amacıyla gebeliğin sona erdirilmesi vasıtalarının arzına, bu fiillerin icrasına, teşvik ve desteklenmesine ilişkin hizmetlerin verilmesine ilişkin reklam ve tanıtım yapılmasını suç saymış, iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezasıyla cezalandırmıştır³²⁴.

³²³ Wessels /Hettinger, 70, kn. 229 vd.

³²⁴ Fisher, T, Strafgesetzbuch, 56. Auf., München 2009, 1494 vd; Rengier, R., 80 vd.; Schwarzenegger/ Heimgartner, 111 vd.; Haft, 130 vd.

II. İsviçre Ceza Hukuku

İsviçre Ceza Kanununun Özel Hükümler başlığını taşıyan ikinci kitabının, Vücut Bütünlüğüne ve Yaşama Karşı Suçlar başlıklı birinci kısmında çocuk düşürme ve düşürtme suçları m.118 ila 120 hükümlerinde düzenlenmiştir.

İsvCK m.118 cezalandırılan çocuk düşürme fiillerini, m.119 cezalandırılmayan gebeliğin sonlandırılması hallerini, m.120 ise hekimlerce çocuk düşürme kapsamında işlenen ve suç teşkil eden fiilleri düzenlemektedir.

İsvCK m.118 hükmüyle birincil olarak gebelik sırasında insan yaşamı, ikincil olarak gebe kadının sağlığı ve geleceğini tayin hakkı korunmuştur³²⁵.

İsviçre ceza hukukunda gebelik, döllenmiş yumurtanın ana rahmine yerleşmesinden itibaren başlayıp, doğum sancılarının başlamasıyla sona erer. Bu aşamadan sonra İsvCK m.118 hükmüne göre değil, insan öldürmeyi düzenleyen İsvCK'nun m.111 ve çocuk öldürmeyi düzenleyen m.116 kapsamında değerlendirilir.

Gebelik sırasında ceninin yaşamı kasten işlenen fiillere karşı korunmuş, taksirle işlenen fiillere karşı ceza hukuku koruması getirilmemiştir³²⁶.

Çocuk düşürtme ve düşürme fiillerinin suç sayılıp cezalandırılması kural olup, cezalandırılmayan gebeliğin sona erdirilmesi halleri istisnadır. İsviçre'de 30 Eylül 2002 tarihinden itibaren kadının istemiyle ilk 12 haftası içinde gebeliğin sonlandırılmasına yasal izin verilmekle, doğmamış çocuğun yaşamına sağlanan ceza hukuku korunması eskiye nispetle sınırlandırılmıştır³²⁷.

Suç teşkil eden çocuk düşürtme ve düşürme fiilleri İsvCK m.118'de düzenlenmiştir. İsvCK'nun m.118, f.1'de gebe kadının rızası ile üçüncü kişilerin çocuk düşürtme suçu tanımlanmıştır.

³²⁵ Donatsch, A., Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, Zürich 2008, 24. vd.

³²⁶ Donatsch, 24.

³²⁷ Donatsch, 25.

Bir kimse, gebe kadının rızası ile cenini öldürür veya bu fiile azmettirir veya yardım ederse, m.118'deki suç tipi objektif bakımdan gerçekleşir. Burada özgü bir suç söz konusu değildir. Gebe kadın dışında herhangi bir kimse bu suç tipini gerçekleştirebilir. İsvCK'nun m.118, f.1'in uygulanabilmesi, gebeliğin sonlandırılması fiilinin m.119, f.1 veya f.2 kapsamında gerçekleştirilmemesi olumsuz şartına bağlıdır. Subjektif unsur olarak failin kastı aranır. Taksirle embriyonun öldürülmesi cezalandırılmaz.

İsvCK m.118, f.3'te gebe kadın tarafından kasten işlenen çocuk düşürme fiili özgü suç olarak düzenlenmiştir. Gebe kadının fiilinin çocuk düşürme suçu oluşturabilmesi için ayrıca, son adetın başlangıcından itibaren gebeliğin 12 haftayı doldurmuş olması ve İsvCK m.119, f.1'deki olumsuz şartların bulunmaması gerekir. Şayet İsvCK m.119, f.1'deki şartlar mevcutsa bu madde hükmü uyarınca gebe kadının fiili cezalandırılmaz.

İsvCK m.119, f.2 hükmüne göre, temyiz kabiliyetini haiz gebe kadının yazılı talebiyle son adetının başlangıcından itibaren ilk 12 hafta içinde icra edilen gebeliğin sonlandırılması fiilleri, bu fiile iştirak eden bütün kişiler bakımından cezalandırılmamaktadır³²⁸.

Gebeliğini İsvCK m.119, f.2 kapsamında sonlandırmak isteyen kadının, bunu yazılı olarak talep etmesi gerekir. Gebeliğin sonlandırılmasından önce kadının gerek müdahale, gerek müdahalenin sağlık bakımından taşıdığı tehlikeler konusunda aydınlatılması ve buna ilişkin yazılı bir açıklamanın kendisine verilmesi gereklidir. Hekim, gebe kadının talebi üzerine fakat talebin yazılı olması ya da aydınlatma yükümüne uymaksızın gebeliği sonlandırmışsa, İsvCK m.118'e göre değil, m.120, f.1'e göre cezalandırılır³²⁹.

Önceki ve yürürlükteki İsviçre Hukukuna göre, kadının gebeliğinin sonlandırılması ve sürdürülmesine ilişkin olarak kendi geleceğini belirleme hakkını kullanması için temyiz kabiliyetinin varlığı şarttır, fakat gebe kadının reşit

³²⁸ Donatsch, 27 vd.

³²⁹ Donatsch, 30.

olması gerekmez. Bu konuda gebe kadının bu konuda karar verebilme kabiliyeti bulunmuyorsa, yasal temsilcisinin izniyle gebeliği sonlandırılabilir.

Gebelik, 12 haftadan sonra yalnız gebe kadının ağır bedensel zarardan (tıbbi indikasyon) veya ağır bir ruhsal zorluğa düşmekten (sosyal-tıbbi indikasyon) korunması için sonlandırılırsa, fiil cezalandırılmaz.

Anılan indikasyonlardan birinin bulunup bulunmadığına, hekim karar verecektir³³⁰. Yasa hükümlerinin yorumu suretiyle, gebeliğin sonlandırılmasını icra eden kişinin ruhsatlı hekim olması gerektiği anlaşılır³³¹.

İsvCK m.119, f.4 ve 5, gebeliğin sonlandırılmasında uyulması gereken bazı düzenleyici hükümler getirmiştir. Tıbbi zorunluluk hallerinde, gebeliğin yasaya uygun biçimde sona erdirilmesi, belli özel klinik ve hastanelerde yapılması gerekmektedir. Gebeliği sonlandıran hekimin sır saklama yükümüne uyarak anonim şekilde müdahaleyi resmi kurumlara bildirme yükümü vardır. Bildirim yükümüne aykırılık, İsvCK m.120, f.2'de kamu düzenine aykırılık (kabahat) olarak yaptırıma bağlanmıştır.

Hekim, son adetın başlangıcından itibaren gebeliğin ilk 12 haftası içinde gebeliği sonlandırmakla beraber, diğer yükümlülüklerle aykırılığı halinde ceza sorumluluğu doğar. Gebe kadın 16 yaşından küçük ise, hekim onu ayrıca gençlere özel danışmanlık veren makama sevk etmelidir.

İsvCK m.120, hekimler tarafından gebeliğin sonlandırılmasının icrası kapsamında maddede belirtilen yasal düzenlemelere aykırılığı, kabahat olarak yaptırıma bağlamıştır³³².

III. Avusturya Ceza Hukuku

Gebeliğin sonlandırılması Avusturya'da kural olarak cezalandırılan bir fiildir ve suçun temel şekli itibariyle AvCK § 96 uyarınca bir yıla kadar hürriyeti

³³⁰ Donatsch, 31.

³³¹ Donatsch, 32.

³³² Donatsch, 32-33.

bağlayıcı cezaya tabidir. Maddede gebe kadının rızasıyla, hekim tarafından çocuk düşürtme suçu işlenmesi özgü suç olarak düzenlenmiş, ardından çocuk düşürtme suçunun herhangi bir kişi tarafından işlenmesi, son olarak da gebe kadının çocuk düşürmesi veya düşürtmesi suçu düzenlenmiştir³³³. AvCK'na göre cenine getirilen koruma, nidasyonla başlayıp, doğum sancılarının başlamasıyla sona erer. Bu aşamadan sonra fiil, çocuk düşürme veya düşürtme suçu değil, insan öldürme suçu kapsamında değerlendirilir³³⁴. AvCK § 98'de ise, kadının rızası olmaksızın çocuğunun düşürtülmesi suçu cezalandırılmaktadır. Bu suçun faili, gebe kadın dışındaki herhangi bir kişidir³³⁵. AvCK'na göre, bu suçlar taksirle işlenemez. Bu suçlar kasten işlenebilen suçlar olup, olası kast yeterli sayılmaktadır³³⁶. Bu suçların meslek haline getirilmesi ağırlatıcı sebep sayılır³³⁷.

AvCK § 97, süre modeli ve çeşitli indikasyonlara bağlı olarak özel cezasızlık sebeplerini düzenlemektedir.

AvCK § 97/1-1 hükmü uyarınca, gebeliğin ilk üç ayında önceden hekim tarafından aydınlatılarak, kadının rızasıyla gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmektedir³³⁸.

Gebeliğin sürdürülmesi kadının hayatı, vücut ve ruh sağlığı bakımından ciddi tehlike yaratıyorsa; ceninde gelişim bozukluğu ihtimali bulunuyorsa ya da gebeliğin sonlandırılmasında zorunluluk hali bulunuyorsa, gebeliğin tıbbi yolla ilk üç ayından sonra da sonlandırılması, AvCK § 97/1-2 uyarınca cezalandırılmaz³³⁹.

³³³ Birklbauer, A./Hilf, J.M./Tipold, A., Strafrecht Besonderer Teil I, Wien 2011, 117-118.

³³⁴ Birklbauer/Hilf/Tipold, 118.

³³⁵ Birklbauer/Hilf/Tipold, 121.

³³⁶ Birklbauer/Hilf/Tipold, 120-121.

³³⁷ Birklbauer/Hilf/Tipold, 121.

³³⁸ Birklbauer/Hilf/Tipold, 121.

³³⁹ Geniş bilgi için bkz. Birklbauer/Hilf/Tipold, 121 vd.; Schwarzenegger/ Heimgartner, 112.

IV. Fransız Ceza Hukuku

1975 yılına kadar Fransız Ceza Kanunu (m.317) çocuk düşürme ve düşürtme fiillerini kesinlikle yasaklamaktaydı. 1975 yılında yapılan yasa değişikliği ile gebelik nedeniyle kadının onulmaz bir mutsuzluğa düşmesi durumunda, gebeliğine son verilmesi amacıyla hekime başvurabileceği, ancak kürtajın yapılabilmesi için gebeliğin on haftayı aşmamış olması gerekiyordu. Böylece yasal şartlara uyulmak kaydıyla gebeliğe son verilebilmesi imkanı tanınıyordu. 1994 tarihli yeni Fransız Ceza Kanununda da 1975 tarihli Fransız Ceza Kanununun sistemi benimsendi; gebeliğe rızayla son verilmesinin koşullarıyla kadının rızası dışında çocuğunun düşürtülmesi fiillerinin sonuçları ayrıntılı olarak kurala bağlandı. Böylece gebe kadının ruhsal sağlığına ve mutluluğuna ilişkin değer ile ana rahmindeki ceninin yaşam hakkına duyulması gereken saygı ve değer, nüfus politikası aracılığıyla devletin güçlendirilmesini amaçlayan romantik ve ikincil bir değer önüne geçmiş oldu. Bu değer yargısı değişikliğinde Fransız kadın kuruluşlarının uzun yıllardır sürdürdüğü mücadelenin payı olduğu belirtilmektedir³⁴⁰.

Fransa'da kadının rızası olmaksızın çocuğunun düşürtülmesi 5 yıla kadar hapis cezası ve para cezasıyla cezalandırılmaktadır (m. 223-10, FrCK). Gebeliğin süreye bağlı olarak sonlandırılması, Fransız Kamu Sağlığı yasasında 4 Temmuz 2001 tarih ve 2001-588 s.lı Kanunla yapılan değişiklikle kabul edilmiştir (CSP, Loi no.2001-588). Kamu Sağlığı yasasının öngördüğü bu süre 12 haftaya kadardır. Yine Fransız Kamu Sağlığı yasasında, gebeliğin gelecekteki anneyi zor duruma sokacağı haller öngörülmüştür. Kamu Sağlığı yasasına göre; gebeliğin sonlandırılması fiili ancak bir hekim tarafından gerçekleştirilebilir³⁴¹.

³⁴⁰ Can, C., Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Ankara 2002, 386 vd.

³⁴¹ Daha geniş açıklama için bkz. Dalloz, CP 2006, m.223-12; nakleden, Bkz. Schwarzenegger/Heimgartner, 112; Bkz. Can, C., 383, 386.

V. İtalyan Ceza Hukuku

İtalya'da suç teşkil eden çocuk düşürme ve cezalandırılmayan gebeliğe son vermenin şartları özel bir yasayla düzenlenmiştir (22 Mayıs 1978 tarih ve 194 sayılı Kanun). 194 sayılı Kanunun m.4-5 hükümlerine göre; gebeliğin sürdürülmesi, doğum veya annelik, gebe kadının fiziksel veya psikolojik sağlığı için ağır bir tehlike oluşturuyorsa veya bu tehlike sağlık durumuyla, ekonomik, sosyal, ailevi ilişkileriyle, gebe kaldığı hal ve koşullarla alakalı ise veya rahimdeki çocuk gelişiminde sakatlık ya da anomali öngörülüyorsa, gebe kadın, gebeliğinin ilk 90 günü içinde, gebeliğine son verilmesini talep edebilir. Gebe kadın, önce kamusal bir danışma merciine, sosyal, tıbbi hizmet veren bir kuruma veya güvенеbileceği bir hekime giderek gebeliği sonlandırma dışındaki seçenekler konusunda aydınlatılır ve yazılı rızası alınır. Bu zorunlu danışmadan en erken 7 gün geçtikten sonra, cezalandırılmaksızın gebelik sonlandırılabilir. 1978 tarih ve 194 sayılı İtalyan Kanununun 6. maddesinde, gebeliğin ilk 90 gününden sonraki cezalandırılmayan gebelik sonlandırmasını düzenlemektedir. Buna göre, gebelik veya doğum kadının yaşamı için ağır bir tehlike oluşturuyorsa veya embriyopatolojik sebepler varsa, kadının bedensel veya ruhsal sağlığı için ciddi tehlike bulunuyorsa, 90 günden sonra dahi gebeliğin sona erdirilmesi cezalandırılmamaktadır³⁴².

VI. Belçika Ceza Hukuku

8 Haziran 1867 tarihli Belçika Ceza Kanunu'nun "Aile Düzeni ve Genel Ahlaka Karşı İşlenen Suçlar" başlığını taşıyan 7. bölümünün 1. kısmında çocuk düşürme ve düşürtme suçları m.348 ila m.353 arasında düzenlenmiştir³⁴³.

BCK m.348'e göre; her kim, hekim olsun ya da olmasın - herhangi bir vasıta ile gebe kadının rızası olmaksızın çocuğunu kasten düşürtürse, 5 yıldan

³⁴² Bkz. Schwarzenegger./ Heimgartner, 113.

³⁴³ Spaniol, M., Landesbericht Belgien, Schwangerschaftsabbruch im Internationalen Vergleich, Teil 1: Europa, (Hrgs. Eser/Koch) 416 vd.

10 yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır³⁴⁴. Kullanılan vasıta neticeyi doğurmamışsa, BCK m. 52'deki teşebbüs hükümleri uygulanır.

BCK m.349'a göre; çocuk düşürtme kastı olmaksızın kullandığı cebir ve şiddet sebebiyle gebe kadının çocuğunun düşmesine yol açan kişi 3 aydan 2 yıla kadar hapis ve 26 Euro'dan 300 Euro'ya kadar para cezası ile cezalandırılır. Eğer cebir ve şiddet kullanan fail kadının gebe olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, 6 aydan 3 yıla kadar hapis ve 50 Euro'dan 500 Euro'ya kadar para cezasına çarptırılır³⁴⁵.

BCK m.350'ye göre; her kim yiyecek, içecek, ilaç veya herhangi bir başka vasıta ile gebe kadının rızası ile çocuğunu düşürtürse, 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezasına 100 Euro'dan 500 Euro'ya kadar para cezasına çarptırılır.

Gebe kadın, içinde bulunduğu zorunluluk hali sebebiyle hekimden gebeliğine son verilmesini ister ve gebeliğin sonlandırılması aşağıda belirtilen şartlara uygun olarak gerçekleştirilirse fiil suç teşkil etmez: a) Gebeliğin sonlandırılması, döllenenmeden itibaren 12 hafta dolmadan icra edilmelidir. b) Gebeliğin sonlandırılması uygun tıbbi koşullarda, hekim tarafından, gebe kadın aydınlatılarak, bakım ve gözetim hizmetleri de verilen bir sağlık kuruluşunda icra edilmelidir. Evli olsun veya olmasın gebe kadın, yasal mevzuat ile aileye, anneye ve çocuğa tanınan haklar, yardım ve destekler konusunda ayrıntılı olarak aydınlatılmalıdır. Yine, çocuğu doğurması halinde evlatlık verebilme imkanları hakkında bilgilendirilmelidir. Ayrıca bu sağlık kuruluşu, hekimin veya gebe kadının talebi üzerine, gebe kadının durumundan kaynaklanan psikolojik ve sosyal sorunlarını çözebilmesine yönelik çare ve çözüm yolları hakkında tavsiye ve destekte bulunur.

Kadının gebeliğini sonlandırmak için başvurduğu hekim:

³⁴⁴ Belçika Ceza Kanunu m. 348, 3 Nisan 1990 tarihinde kabul edilen ve 5 Nisan 1990'da yürürlüğe giren yasayla yeniden düzenlenmiş ve 23 Ocak 2003'te kabul edilip 13 Mart 2003'te yürürlüğe giren yasayla halen yürürlükteki şeklini almıştır.

³⁴⁵ BCK m. 49, 26 Haziran 2000 tarihli, 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren değişik şekli.

a) Kadını, gebeliği sonlandırma ameliyesinin doğrudan ve gelecekteki tehlikeleri hakkında aydınlatmalıdır,

b) Gebe kadını doğacak çocuğu için çeşitli destek ve gözetim imkanları hakkında aydınlatır ve yukarıda (1/b) anılan danışmanlık hizmetlerini alabilmesi için ilgili birim ve personele yönlendirir.

c) Kadının gebeliğini sonlandırma konusunda kararlı olduğundan emin olmalıdır.

Yukarıdaki maddede öngörülen koşullar mevcutsa ve hekim gebe kadının zorunluluk ve kararlılığından emin olarak müdahaleyi kabul etmişse, artık hekimin müdahaleyi yapmaya yönelik bu değerlendirmesine itiraz edilemez.

Hekim, gebeliği sonlandırma müdahalesini ilk danışmadan itibaren en erken 6 gün sonra, ilgilinin müdahale gününde müdahaleyi yaptırmaya kesin kararlı olduğunu yazılı olarak beyan etmesi şartıyla gerçekleştirir.

Bu yazılı beyan, tıbbi müdahale dosyasında muhafaza edilir.

12 haftayı aşan gebeliklerde, eğer gebeliğin sürdürülmesi kadının sağlığı bakımından ciddi bir tehlike teşkil ediyor veya doğacak çocuğun tedavisi olmayan ağır bir hastalığının bulunduğu teşhis edilmişse yukarıda 1/b, 2 ve 3'ye öngörülen şartlara uyulmaksızın, gebelik sonlandırılabilir. Böyle bir durumda hekim, gebe kadını bir başka hekime yönlendirerek görüş almasını sağlar ve ikinci hekimin raporu dosyasında muhafaza edilir.

Hekim veya gebeliğin sonlandırıldığı sağlık kuruluşundaki uzman bir başka kişi tarafından kadın, gebelikten korunma hakkında aydınlatılır.

Hiçbir hekim, hastabakıcı, hemşire veya sair sağlık personeli gebeliği sonlandırma ameliyesine katılmaya zorlanamaz. Böyle bir müdahaleyi yapmaktan kaçınan hekim, bunu ilgiliye kendisine ilk müracaatında bildirmelidir³⁴⁶.

³⁴⁶ BCK m. 350, 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren değişik şekli.

BCK m. 351'e göre; m. 350'de öngörülen şartlar bulunmaksızın kasten çocuğunu düşürten kadın 1 aydan 1 yıla kadar hapis ve para cezasıyla cezalandırılır³⁴⁷.

BCK m. 352'ye göre; gebe kadının rızasıyla, fakat m. 350'de belirtilen şartlara uyulmaksızın çocuk düşürmek maksadıyla kullanılan vasıta gebe kadının ölümüne yol açmışsa, söz konusu vasıtayı kullanan veya kullanmaya sevk eden kişi, gebe kadının çocuk düşürmeye rızası varsa 5 yıldan 10 yıla kadar ağır hapis; kadının çocuk düşürmeye rızası yoksa 10 yıldan 15 yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır³⁴⁸.

VII. Hollanda Ceza Hukuku

Hollanda 1981'den beri gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin liberal bir mevzuata sahiptir (yürürlüğe girişi 1 Kasım 1984) . Fakat uygulama daha 1970'lerden beri oldukça liberaldi. Bu vakitler açılan gebelik sonlandırma klinikleri gerek Hollandalı, gerekse gebelik sonlandırmayı yasaklayan diğer ülke kadınlarının başvurduğu yerler olmuştu.

Yürürlükteki mevzuat, gebeliğin sonlandırılmasına ana rahmindeki çocuğun rahim dışında yaşama kabiliyetini kazanmasına kadar izin vermiştir. Kural olarak ilk adetten itibaren gebeliğin 22. haftasında çocuğun ana rahmi dışında yaşama kabiliyetini kazandığı kabul edilir.

Gebeliği sonlandırma ameliyesi yapacak olan hekim, gebe kadınla danışma görüşmesi yapmalı; kadının zor durumda bulunduğu ve kararını iyice düşünerek vermiş olduğuna ikna olmalıdır. Müdahale, 5 günlük bir düşünme ve karar alma süresinden sonra, ancak yetkili klinikler tarafından gerçekleştirilebilir. Gebeliğin ilk 6 haftası içindeki sonlandırmalarda bu şart aranmaz. 1980'li yıllarda Hollanda'da yapılan gebelik sonlandırmalarının yarısı, Alman kadınlar üzerinde uygulanmıştır. Bugün dahi, Hollanda'da yapılan gebelik sonlandırmalarının yaklaşık %14'ü yabancı kadınlar üzerindedir. Hollanda'daki doğurma yaşında ekonomik durumu iyi olan kadınların gebelik sonlandırma

³⁴⁷ BCK m. 351, 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren değişik şekli.

³⁴⁸ BCK m. 352, 13 Mart 2003 tarihinde değişik şekli.

oranı zaman içerisinde dünyada en düşük düzeye gerilemiştir. 1990'da bin kadından 5,2'si gebeliğini sonlandırmıştır. 2007'de bu oran 8,6'ya çıkmıştır. Bunun nedeni, diğer sebepler yanında, 24 yaşından küçük yaş grubu için Hollanda sağlık sigortalarının genç kadınların doğum kontrol vasıtalarına ilişkin giderlerini artık ödememesi ve bu nedenle de daha ucuz ancak daha az güvenilir doğum kontrol yöntemlerine başvurulmasıdır.

Diğer taraftan, Hollanda'ya gebelik sonlandırmak için gelen yabancıların sayısında artış olmuştur. Gebelik sonlandırmaya başvuranların yarısından fazlası Hollanda'ya gelen göçmenler ve bunların ikinci neslidir. Bu grubun gebelik sonlandırma oranı, doğurganlık yaşındaki Hollandalı kadınlara nispetle oldukça yüksektir³⁴⁹.

VIII. Portekiz Ceza Hukuku

Portekiz'de 11 Şubat 2007'de yapılan referandumda yüzde 59,3 çoğunlukla gebeliğin ilk 10 haftası içinde sonlandırmanın yasal olması kabul edilmiştir. Hükümet oylama neticesini Parlamentoda değiştireceğini beyan etmiştir. Daha önceden, 1998 yılındaki referandum da aynı şekilde sonuçlanmıştı, ancak seçmenlerin yüzde otuzundan biraz fazlası oylamaya gitmiştir. Portekiz Hukukuna göre referandum sonucunun bağlayıcı olabilmesi için yüzde elliden fazla katılım olması gerektiğinden, hükümet bu konuda herhangi bir yasal düzenlemeye gitmemiştir. 2007'deki referandumda katılım oranı yüzde kırk olup, öncesine nazaran daha fazla olmasına rağmen yeterli katılım olmaması sebebiyle gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin yürürlükteki yasal düzenlemelerde değişiklik yapmak konusunda hükümet herhangi bir girişimde bulunmamıştır³⁵⁰.

³⁴⁹ Hollanda hukukunda çocuk düşürtme ve düşürme suçlarına ilişkin geniş bilgi için bkz. Scholten, H-J., Landesbericht Niederlande, Schwangerschaftsabbruch im Internationalen Vergleich, Teil 1: Europa, (Hrgs. Eser/Koch) 991 vd.

³⁵⁰ Portekiz hukukunda çocuk düşürtme ve düşürme suçlarına ilişkin tarihi gelişim için bkz. Hünerfeld, P., Landesbericht Portugal, Schwangerschaftsabbruch im Internationalen Vergleich, Teil 1: Europa, (Hrgs. Eser/Koch) 1249 vd.

Portekiz, Polonya, İrlanda ve Malta ile birlikte Avrupa'da gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin en katı mevzuata sahip ülkelerdendir. 15 Temmuz 2007'de muhafazakarların muhalefetine rağmen gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin yeni Yasa kabul edilmiştir.

IX. İspanyol Ceza Hukuku

1937 tarihinde, İspanyol iç savaşı sırasında, Cumhuriyetçi Hükümet ilk kez Sağlık Bakanlığına kadın bir bakan, Federica Montseny göreve gelmiş, kadınlara gebeliğini sonlandırıp sonlandırmamak konusunda bizzat kadının karar verme hakkı bulunduğu ilişkin yasayı çıkartmıştır. General Franko yönetiminde milliyetçilerin iç savaştan galip çıkmasından sonra, tekrar kesin gebelik sonlandırma yasağı yürürlüğe konulmuş ve 1985 yılına kadar uygulanmıştır.

Franko diktatörlüğünün son bulmasının ardından ilk demokratik seçimler yapılmış ve iktidara gelen merkezi hükümet İsp. CK'nda reform girişimi başlatmıştır. 1979 tarihli Öntasarı gebeliğin sonlandırılmasında dar bir indikasyon düzenlemesi öngörüyordu. Sosyalistlerin hükümetin iktidara gelmesinden sonra 1980'li yılların başından itibaren ve geçmiş döneme ilişkin yasal olmayan gebelik sonlandırmalarına ilişkin mahkemelerin verdiği mahkumiyet kararlarından sonra, süreye bağlı gebeliğin sonlandırılması da tartışılmaya başlanmıştır. Uzun ve sert tartışmalardan sonra, Parlamento 1985 yılında gebeliğin sona erdirilmesinde indikasyon modelini kabul etmiştir. Her hangi bir süre sınırlaması olmaksızın, gebe kadının beden ve ruh sağlığını tehlikeye koyan sebeplerin varlığı halinde gebeliğin sona erdirilmesinin cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir. Irza geçmede gebeliğin 12. haftasına kadar, ceninin teşekkül bozukluğunda gebeliğin 22. haftasına kadar sonlandırmaya izin verilmiştir. Akabinde, gebeliğin sonlandırılması hizmeti veren çok sayıda uzman klinik açılmış, halen gebeliklerin sonlandırma ameliyelerinin çoğunun gerçekleştirildiği bu klinikler yasal düzenlemelerden istifadeyle hızla serbestleşmiştir. Gebeliği sonlandırmak için yurt dışına giden İspanyol kadınların sayısı hızla azalmıştır. 1985 yılında Hollanda'daki kliniklerde gebeliğini sonlandıran İspanyol kadınların sayısı 6344 iken, 1990'da bu sayı sadece 313'tür. Aksi yönde bir gelişme görülmuş, Avrupa ülkelerinden gebeliği

sonlandırmak amacıyla, özellikle geç dönem gebelik sonlandırmaları için İspanya'ya bazı özel kliniklere gidilmeye başlanmıştır.

Gebeliğin sonlandırılması mevzuatı üzerindeki tartışmalar, 2010 yılının ortalarında yeni yasanın yürürlüğe girmesine kadar sürmüştür. Sol Partiler ve feministler gebeliğin sonlandırılmasını suç sayan ceza kanunu hükümlerinin kaldırılması veya süreye bağlı düzenleme getirilmesi yönünde taleplerde bulunmakta iken, muhafazakar kesimlerin talebi her zaman sınırlayıcı yasal düzenlemelere geri dönülmesi yönünde olmuş, mevcut mevzuatın geniş yorumlanmasını eleştirmişler ve liberal hekimler aleyhine yapılan suç duyurusu üzerine, bir klinik başhekimini tutuklanmış ve kapatılmıştır. Bu durum, Hükümeti mevzuatta yeni düzenleme yapmaya sevk etmiş; 2009'da İspanyol Hükümeti gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin mevzuatta serbesti için yasa önerisi getirmiştir. Yasa üzerinde yoğun tartışmalar yapılmıştır. Yeni yasal düzenleme Senato tarafından 24 Şubat 2010'da karara bağlanarak, 1 Temmuz 2010 tarihinde yürürlüğe girmiş; gebeliğin 14. haftasına kadar kadının istemiyle, istisnai sebeplerle gebeliğin 22. haftasına kadar, sona erdirilmesi cezalandırılma kapsamından çıkarılmıştır³⁵¹.

D. Orta ve Doğu Avrupa

I. Polonya Ceza Hukuku

Polonya'da 1993 yılına kadar gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmekteydi. Bu tarihten itibaren, ancak tıbbi nedenlerle, embriyo patolojik nedenlerle veya kriminolojik nedenlerle gebeliğin sona erdirilmesine yasal izin verilmektedir.

Polonya'da bir hastane tıbbi indikasyon sebebiyle gebeliği sonlandırmayı reddetmiştir. Mağdur kadın AİHM'ne başvurmuş, AİHM, 20 Mart 2007'de, Polonya'nın, başvurucunun AİHS. 8. maddesinde güvenceye bağlanmış kişinin

³⁵¹ İspanya hukukunda çocuk düşürtme ve düşürme suçlarına ilişkin tarihsel gelişim için bkz. Perron, W., Landesbericht Spanien, Schwangerschaftsabbruch im Internationalen Vergleich, Teil 1: Europa, (Hrgs. Eser/Koch) 1621 vd.

özel hayatının korunmasına ilişkin yükümünü ihlal ettiğine ve tazminata karar vermiştir³⁵².

II. Romanya Ceza Hukuku

1957 tarihinden itibaren Romanya'da kadının talebi üzerine gebeliğin sonlandırılması cezalandırılmıyordu. 1966 tarihinde nüfus politikası sebebiyle gebeliğin sonlandırılmasını katı biçimde sınırlandıran mevzuat yürürlüğe konuldu. 1972 ve yine 1985'de Nikola Çavuşesku diktatörlüğünde şartlar daha da ağırlaştırıldı. Amaç doğum oranını artırmaktı. Gebeliği önleyici ilaç ve vasıtalarının ithali yasaklandı; kadınlara her ay jinekolojik kontrole tabi tutulma mecburiyeti getirildi. Ancak kadınlar ağır ve kötü koşullar altında yasal olmayan yollardan gebeliğini sonlandırma yollarına başvuruyorlardı. Doğum oranları geçici bir süre arttıktan sonra, tekrar eski düzeye inmiştir. Ne var ki, yasal olmayan gebelik sonlandırmalar sebebiyle ölümlerin sayısında hızlı bir artış görülmüştür.

1989 tarihinde Çavuşesku rejiminin iktidardan uzaklaşmasıyla, yeni hükümetin ilk resmi tasarrufları arasında, süreye bağlı gebelik sonlandırmaya ilişkin yasal düzenlemenin yürürlüğe konulması yer almıştır. Bunun ardından, 1990 yılında, önceki yıla göre gebelik sonlandırma sebebiyle kadın ölümlerindeki rakamlarda hızlı düşüş olmuştur. 1990 yılında yasal gebelik sonlandırmalar kısa bir süre hızla artış göstermiş ve yüz doğuma karşılık üç yüz gebelik sonlandırma oranına ulaşmıştır. Ancak bu tarihten itibaren Romanya'da aile planlaması aşamalı biçimde sağlandıktan sonra, gebelik sonlandırma oranları hızla düşmüş, gebelik sonlandırma doğum kontrolünde sık başvurulan yöntem olmaktan çıkmıştır³⁵³.

³⁵² Bkz. yukarıda AİHM Kararları.

³⁵³ Romanya hukukunda çocuk düşürme ve düşürme suçlarına ilişkin tarihsel gelişim için bkz. Krempel, W., Landesbericht Romanien, Schwangerschaftsabbruch im Internationalen Vergleich, Teil 1: Europa, (Hrgs. Eser/Koch) 1325 vd.

III. Rusya Federasyonu Ceza Hukuku

16 Kasım 1920 tarihinde gebeliğin sonlandırılması yasal hale getirilmiş, hastanelerde ücretsiz olarak uygulanmıştır. 1920 tarihli yasayla kanun koyucu, gebeliğin sonlandırılması sebebiyle gerçekleşen sosyal zararların devlet tarafından kontrol altına alınmasını amaçlamıştır. Gebelik sonlandırma müdahalesi yetkili hekimler tarafından yapılmalıdır. Hekim olmayan kişilerin gebeliği sona erdirmeye fiilleri yasaklanmış, suç sayılmıştır. 1924 yılında gebeliğin sonlandırılması ameliyesinin ücretli olarak yapılmasına başlanmış, 1936 yılında çıkarılan bir yasayla da yaşam tehlikesi veya öjenik indikasyon dışında genel olarak yasaklanmıştır. İzleyen 20 yıl içinde resmi kurumlar yaygın bir biçimde gerçekleştirilen yasaya aykırı gebelik sonlandırma ve sağlık sistemine büyük bir yük getiren sonuçlarıyla başarısız bir mücadele sürdürmek zorunda kalmışlardır. Öncelikle bu yüzden, 23 Kasım 1955 tarihinde gebeliğin sonlandırılmasını yasaklayan yasa kaldırılmıştır. Bu zaman diliminde gebelik sonlandırmanın yerine aile planlamasında gebeliği önleyici vasıtaların ikame edilmesine çalışılmıştır. Ancak doğum yanlısı politikalar ve bunun yansıması olarak gebelikte etkin gebelikten korunma vasıtalarının sınırlandırılması, temin ve kullanımının desteklememesi nedeniyle başarısızlığa uğramıştır. Resmi verilere göre, 1970-1989 yılları arasında doğurganlık yaşındaki 1000 kadından 100'ü gebelik sonlandırma yoluna gitmiştir ve dünyada bu en yüksek orandır. Bu tarihten itibaren Avrupa İstatistik Enstitüsü'ne göre (Eurostat) gebeliği sonlandırma oranı Rusya'da düşmüş, 2003 yılındaki verilere göre binde 45 düzeyine kadar gerilemiştir. Eski SSCB'ne üye devletler ve diğer Doğu Avrupa ülkelerinde gebelik sonlandırma oranları modern gebelikten korunma vasıtalarının zamanla bu bölgede yayılması sonucu hızla azalmıştır.

5 Haziran 1996 tarihinde kabul edilen ve 13 Haziran 1996 tarihli yasa ile yürürlüğe konulan Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun 123. Maddesinde kanuna aykırı çocuk düşürtme suçu düzenlenmiştir.

Hükme göre; yüksek tıp eğitimi ile uygun uzmanlığı olmaksızın gebeliği sonlandırma fiilini icra eden kişi zorunlu çalışma müeyyidesine veya para cezasına çarptırılır. Tekerrür, hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren ağırlaşmış hal olarak öngörülmüştür. Yasaya aykırı çocuk düşürtme fiili nedeniyle, taksirle

kadının ölmesi veya sağlığının zarar görmesi, suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş ve beş yıla kadar hapis cezası ve üç yıla kadar belirli meslekleri icradan yasaklılık veya belirli haklardan sürekli yasaklılık cezası öngörülmüştür³⁵⁴.

İkinci Bölüm

Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları

§5. TARİHSEL GELİŞİM

A. Genel Olarak

İslamiyet'in kabulünden önceki Türk toplumlarında çocuk düşürtme ve çocuk düşürme fiillerinin suç sayıldığına ilişkin bilgiye ulaşılamamıştır. İslamiyet'in kabulünden sonra, aynı dinden diğer toplumlarda olduğu gibi, Türklerde de İslam ceza hukuku uygulanmıştır. Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan itibaren de İslam ceza hukuku yürürlüğe girmiştir; Tanzimat'ın (1839) ilanından sonra yürürlüğe giren ceza kanunnameleri karşısında uygulamadaki önemi azalmış ise de, 765 s.lı TCK'nun yürürlüğe girdiği 1926 tarihine kadar fiilen olmasa da, hukuken yürürlükte kalmıştır.

B. Osmanlı Ceza Hukuku

I. İslam Ceza Hukuku Dönemi

İslam Hukuku'nda ıskat-ı cenin olarak adlandırılan çocuk düşürmeye ilişkin olarak İslamiyet'in ana kaynağı Kuran'da, açık bir ayet bulunmamaktadır³⁵⁵. Buna karşılık İslam Hukuku'nda çocuk düşürtme ve

³⁵⁴ Sovyetler Birliği hukukunda çocuk düşürtme ve düşürme suçlarına ilişkin tarihsel gelişim için bkz. Savgulidze, T./ Schittenhelm, U., Landesbericht Sowjetunion, Schwangerschaftsabbruch im Internationalen Vergleich, Teil 1: Europa, (Hrgs. Eser/Koch) 1551 vd.

³⁵⁵ Kuran'da İsrâ suresi 31. ayetinde: "Fakirlik korkusuyla çocuklarınızı öldürmeyiniz. Allah (C.C) onların da sizin de rızkını verendir; şüphesiz onları öldürmek büyük cinayettir" buyrulmuştur. İslamiyet öncesi Arabistan'da yaygın olan çocuk öldürme özellikle kız çocuklarının öldürülmesini yasaklayan bu ayet, ıskat – ı cenine de teşmil edilerek, ıskat – ı ceninin yasak ve çocuk öldürmeyle aynı sayılmasının dayanağı olarak belirtilmektedir. Geniş bilgi için bkz. Bilmen Ö.

düşürme fiilleri ıskat-ı cenin adı altında suç sayılmış ve cezalandırılmıştır. Bununla beraber, cenin insan olarak nitelenmediğinden insan öldürme suçunun kapsamı dışında değerlendirilmiştir³⁵⁶.

İslam Hukuku'nda cenin, henüz anasının rahminde bulunan çocuk olarak tanımlanmıştır³⁵⁷. Cenin, ana karnında canlanmış olup olmamasına göre “zi hayat cenin” , “gayri zi hayat cenin” şeklinde tasnif olunur. Cenin, yaradılışının aşamalarına göre; organları belirmiş - “müstebinül hilka cenin”-; organları henüz belirmemiş - “gayri müstebinül’ hilka cenin”- olarak adlandırılır. Organları henüz teşekkül etmemiş cenin, “muzga” - et parçası-, “alaka” - kan pıhtısı- sayılır. Organları tamamen teşekkül etmiş olan cenine “tammülhilka cenin”, organları kısmen teşekkül etmiş cenine “gayrü tammülhilka cenin” denir. Baş tırnakları, tüyleri belli olan cenin, “tammül’ hilka” hükmündedir³⁵⁸.

İslam Hukuku'nda ceninin yaşam hakkına sahip olduğu, korunması gerektiği kabul edilir³⁵⁹. Ceninin yaşamına kastetmek, onun ana rahminden ayrılmasına, düşmesine sebep olmak, ceninin yaşam hakkının ihlali olarak görülmüş ve cinayet sayılmıştır³⁶⁰.

ıskat-ı cenin suçu üçüncü kişiler tarafından işlenebileceği gibi; koca veya gebe kadın tarafından işlenmesi halinde de suç sayılmıştır³⁶¹.

N., “Hukukî İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye” Kamusu, c.3, s.146.; İslam hukukunun asli kaynaklarından bir diğeri sünnettir. Hz. Peygamber’in (s.a.v.) “:Hüzeyl kabilesinden iki kadının kavgası sırasında, gebe kadının diğerrinin attığı taş ile çocuğunu düşürmesine sebebiyet vermesi nedeniyle gurre (köle veya cariye) verilmesine hükmettiği” aktarılmaktadır. Bkz. Avcı, M., 151, dn. 691.

³⁵⁶ Udeh, A., Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, (çev. Şafak, A.) c.3, Ankara 1991, 275; Otacı, 33; Avcı, 142.

³⁵⁷ Bilmen,145; ayrıca Türk Hukuk Lügatı, “cenin” sözcüğü.

³⁵⁸ Bilmen, 145; Avcı, 148.

³⁵⁹ Bilmen, 148; Yazara göre; ıskat –ı cenin hem bireysel hem de toplumsal bir cinayettir. Bir ülkede nüfusun artması hem bireylerin hem de kamunun yararları gereğidir. ıskat-ı cenin bu yararlaraya aykırı olduğu gibi, insanlık duygularına da aykırıdır; Krş. Avcı, 145.

³⁶⁰ Bilmen, 145 vd.; Udeh, 275.

³⁶¹ Avcı, 147.

İskat – ı cenin fiilinin kasten işlenip işlenmemesi önem taşımaz. Bu nedenle gerek kasten gerek hata sonucu ceninin düşmesine neden olan kişiye gurre ve diyet uygulanır. Kadın bakımından kast aranır; kadın kasten olmayan çocuk düşürmeden ötürü sorumlu tutulmaz³⁶². Ancak, kocasının izniyle çocuğunu düşüren kadının gurre ve diyet ödemesi gerekmez ise de, karı-koca tazir cezasına çarptırılırlar³⁶³.

İslam Hukuku'nda, gebeliğin yüz yirminci gününden sonra İskat-ı ceninin yasak olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Buna karşılık bazı fakihler, yüz yirmi güne kadar gebeliklerin sona erdirilmesinin şarta bağlı olmaksızın caiz olduğu kanaatindedir³⁶⁴. Bazı fakihler ise, yüz yirmi güne kadarki gebeliklerin sona erdirilmesinin ancak meşru sebebe dayanması halinde caiz olduğu görüşündedir³⁶⁵.

Meşru sebebe dayanan İskat-ı cenin maddi ve manevi sorumluluk doğurmaz. İslam hukukunda, zorunluluk durumunda, gebeliğin annenin hayatı ve sağlığı bakımından ciddi tehlike oluşturması, cenindeki gelişim bozukluğu veya ebeveyndeki irsi hastalığın cenine geçme riski bulunuyorsa uzman hekim raporuyla gebeliğe son vermenin mümkün olduğu belirtilmektedir³⁶⁶. Yine,

³⁶² Bilmen, 152; Avcı, 147.

³⁶³ Avcı, 147; Bilmen, 151.

³⁶⁴ Emrullah, A.B./Hadimi, M., İslam Ahlakı, 75. baskı, İstanbul 2008, 456, 469; Yazarlar, organları hasıl olmamış çocuğu düşürmek için ilaç kullanmanın caiz olduğu görüşündedir.; Krş. Avcı, 148 vd.

³⁶⁵ Omran, 214 vd.; Yazar, gebeliğin sona erdirilmesinde yüz yirmi günlük sınırın “kırklar” hadisine dayandığını; Hz. Peygamber’in (s.a.v.) hadisinde, ceninin ilk kırk günde “nutfe”, ikinci kırk güne “alaka”, üçüncü kırk günde “mutga” olduğunu, ruhun yüz yirmi günlük iken bedene girdiğini söylediğini belirtmektedir. Bu konuda İslam mezhepleri arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Hanefi mezhebinde, yüz yirmi gün öncesinde cenine ruh gelmeden önce gebeliği sona erdirmek bir kısım ilahiyatçılara göre caiz, diğerlerine göre yasaktır. Hanbeli mezhebinde gebeliğin kırk günü içinde ilaç alınarak sona erdirilmesine izin verilmiştir. Şii mezhebine göre, gebeliğin hiçbir döneminde sona erdirilmesine izin verilmemektedir. Şafi mezhebine göre, yüz yirmi gün öncesinde gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı ilahiyatçılar bunu caiz görmezken, bazıları seksen gün, diğer bazıları ise yüz yirmi gün öncesinde gebeliğin sona erdirilmesine izin vermektedir. Zeydi mezhebine göre, yüz yirmi gün öncesinde gebeliğin sona erdirilmesine izin verilmiştir.; Bkz. Avcı, 149.

³⁶⁶ Avcı, 153, 154.

kadının emzirdiği bir çocuğu bulunuyorsa, yeniden gebe kalması halinde sütünün kesilmesi ve mali durumu sütanne tutmaya elvermemesi durumunda çocuğun düşürülmesine izin verilmiştir³⁶⁷. Bu durum, İslam Hukuku'nda gebeliğin sonlandırılması bakımından geniş yorumlanmaya elverişli olarak nitelendirilmiştir³⁶⁸.

İslam Hukukunda, Iskat-ı cenine, ta'zir, gurre, diyet, kefaret yaptırımları uygulanmıştır³⁶⁹.

Gebe bir kadın dövülmek veya korkutulmak suretiyle çocuğu düşürtülürse, buna neden olan kişi bir tür tazmini para cezası olan gurre ödemek zorundadır. Çocuk yaşama kabiliyeti olmaksızın düşer ve sonra ölürse, fail tam diyet ödemeye mahkum edilir. Fakat uzuvları tam teşekkül etmeden düşerse sadece ta'zir uygulanır³⁷⁰. Ceninler birden fazla olunca, gurre de, diyet de birden fazla olur. Örneğin, ceninler ikiz olur ve ikisi de ölü olarak düşerse, failin iki gurre ödemesi gerekir. İkisi de sağ olarak düşer ve sonradan ölürse iki tam diyet; biri ölü diğeri diri olarak düşerse, bir gurre ile bir tam diyete hükmolunur³⁷¹.

Organları henüz teşekkül etmemiş ceninin düşürülmesinden dolayı ta'zir gerekirse de, gurre gerekmez. Çünkü bu durumda cenin bir insan değil müzganadan ibarettir³⁷².

Gebe kadın kocasının izni olmaksızın ilaç içmek veya kendi karnına vurmak veya ağır bir şey yüklenmek suretiyle kasten çocuğunu düşürürse; cenin ölü düşerse gurre, diri düşer sonra ölürse tam diyet cezası verilir. Kocanın izniyle ölü cenin düşüren kadın için gurre cezası uygulanmaz. Ancak her ikisine ta'zir cezası uygulanır. Ancak, cenin diri olarak düşmüş ise diyet de kefaret de

³⁶⁷ Yarsuvat, 452-453; Konan, 322; Bilmen 149; Avcı, 153, 154.

³⁶⁸ Yarsuvat, 452-453.

³⁶⁹ Avcı, 158-160.

³⁷⁰ Bilmen, 150.

³⁷¹ Bilmen, 150.

³⁷² Bilmen, 151.

gerekir. Dövmek veya korkutmak gibi bir suretle karısının çocuğunu düşürmesine sebep olan koca hakkında da, çocuğun ölü düşüp düşmediğine göre gurre veya diyet uygulanır³⁷³.

Gurre yaptırımı bakımından ceninin erkek veya dişi olması arasında fark yoktur. Fakat diyet bakımından fark bulunmaktadır. Cenin diri olarak düşüp de ölmüşse, cenin erkek ise tam erkek diyeti, dişi ise tam dişi diyeti uygulanır³⁷⁴.

Iskat-ı cenin fiilini işleyen şahıs ceninin baba, ana veya mirasçılarında ise, mirasından mahrum kalır, gurre ve diyetinden pay alamaz. Cenin diri olarak düşmüş ve ölmüşse fail hakkında kefarete uygulanır³⁷⁵.

Osmanlı İmparatorluğunda 1858 tarihli Ceza Kanunnamesinin yürürlüğünden önce çocuk düşürme (ıskat-ı cenin) ile ilgili yasaklamalar, yukarıda aktarılan İslam hukuku çerçevesinde ele alınmıştır.

Bu dönemde çocuk düşürmeyi yasaklayan ve cezalandıran fermanlar yayınlanmış, çocuk düşürme fiilleri önlenmek istenmiştir³⁷⁶.

Tanzimat Fermanından sonra yürürlüğe konan 1841 ve 1851 tarihli Osmanlı Ceza Kanunlarında çocuk düşürmeyle ilgili bir hüküm bulunmamaktadır³⁷⁷. Çocuk düşürme fiilini suç sayan hükümlere ilk olarak 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanununda rastlanmaktadır.

II. 1858 Tarihli Ceza Kanunnamesi

1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan uyarlanan 1858 tarihli Ceza Kanunnamesinin "Eşhas Hakkında Vuku Bulan Cinayet ve Cünhalarla Mücazat-ı Müterettibeleri" başlıklı 2. babının, "Iskat-ı Cenin ve Karışık Meşrubat ve Kefilsiz

³⁷³ Bilmen, 151.

³⁷⁴ Bilmen, 151.

³⁷⁵ Bilmen, 151.

³⁷⁶ Osmanlı İmparatorluğu'nda ıskat-ı ceninin yasaklandığına ilişkin Sultan 3. Selim'in 1789 tarihli fermanı, 1790 tarihli ferman, Sultan 2. Mahmut'un 1838 tarihli fermanı ve diğer belgelere ilişkin geniş bilgi için bkz. Şimşek/Eroğlu/Dinç, Osmanlı İmparatorluğunda Iskat-ı Cenin, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi 2009, cilt 2, sayı 6, 597; Konan, 327.

³⁷⁷ Avcı, 158.

Semiyat Furuht Edenlerin Mücezat-ı Müterettibeleri” başlıklı 2. faslında; 192 ve 193. maddelerinde cenine karşı işlenen suçlar düzenlenmiştir³⁷⁸.

1858 tarihli Ceza Kanunnamesi 192. maddesi: “ **Bir kimse darp yahut sair bir güna fiil ile hamile hatunun ıskat-ı cenin eylemesine sebep olursa diyet-i şeriyesi istifade olunduktan sonra eğer bu teaddisi an – kasd olmuş ise muvakkaten küreğe konulur**” hükmünü taşır. Bu hükme göre, failin darbe veya sair bir hareket sonucu gebe kadının çocuğunu düşürmesine sebebiyet vermesi diyeti gerektirmektedir. Diyet yaptırımının uygulanabilmesi için hareketin kasten işlenmesi gerekmez. Bu netice, failin kasten hareketi sonucu gerçekleşmişse, fail ayrıca muvakkat kürek cezasıyla cezalandırılır³⁷⁹.

Kanunnamenin 193. maddesi: “**Bir hamile hatunun gerek rızası olsun gerek rızası olmasın ıskat-ı cenin ettirmek için ilaç içürüp yahut esbap ve vesailini ta’rif edüp de eseriyle çocuğu düşürülür ise buna sebep olan kimse 6 aydan 2 seneye kadar hapsolunur. Ve eğer buna sebep olan tabib ve cerrah ve eczacı ise muvakkaten küreğe konulur**” hükmüne yer vermiştir³⁸⁰.

Maddede, gebe kadın dışındaki üçüncü kişiler cezalandırılmaktadır. Gebe kadının rızasının olup olmaması failin suç teşkil etmesinde önem taşımaz. İlaç içirerek veya sair vasıta ve yolları göstermek suretiyle gebe kadının çocuğunun düşürülmesine sebebiyet veren kimsenin fiili cezalandırılmaktadır. Suçun yaptırımı 6 aydan 2 yıla kadar muvakkat hapis cezasıdır. Failin hekim, cerrah veya eczacı olması cezayı artıran ağırlatıcı sebep sayılmış, muvakkat kürek cezası öngörülmüştür.

Mecelle-i Ahkam-ı Adliye’yi hazırlayan heyet üyesi Ömer Hilmi Karınabadizade tarafından 21 Temmuz 1884 tarihinde hazırlanan “Mi’yar-ı

³⁷⁸ Yurtcan, 31.

³⁷⁹ Krş. Yurtcan 32; Çokar, 205; Konan, 332; Akagündüz, 864.

³⁸⁰ Akagündüz, 864.

Adalet” adlı kanun taslağında çocuk düşürme suçuna ilişkin düzenleme yer almaktadır³⁸¹.

C. Cumhuriyet Dönemi Ceza Hukuku

I. Genel Olarak

Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşu ile beraber batı ülkelerin temel yasaları kaynak alınarak köklü bir hukuk devrimi gerçekleştirilmiştir. Bu kapsamda, 1926 tarihli eski Türk Ceza Kanunu, liberal anlayışla hazırlanan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan iktibas edilerek hazırlanmış ve yürürlüğe konmuştur.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu, yürürlükte kaldığı 1 Haziran 2005 tarihine kadarki süreçte çocuk düşürme ve düşürtme suçlarına ilişkin önemli değişiklikler geçirmiştir. Türkiye’de bu suçlara ilişkin yasal düzenlemelerin gelişimine bakıldığında, yasak dönemi (1923-1965), geçiş dönemi (1965-1983),

³⁸¹ Bkz. Avcı, 159; Akagündüz, 879: Miyar-ı Adalet ‘in (İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı İşlenen Cürümler) “Cinayat” başlığını taşıyan 1. kitabının “Cinayata Dair Bazı Fıkhi İslahlar (Hukuki Terimler)” başlıklı giriş hükümleri kapsamında 13. maddede: “Gurre, ıskat edilen cenin-i meyyit mukabilinde canı üzerine lazım gelen maldır” tanımı yapılmıştır. 1. babın “Iskat-ı cenin hakkındadır” başlıklı 7. Faslında, aşağıdaki düzenlemelere yer verilmiştir:

Madde133- “Bir gebe kadın diğer kimsenin darp veya ihate (korkutma) gibi bir fiilinden naşi bir cenin-i meyyit (ölü cenin) ilka eylerse (düşerse) o kimseye gurre (yani 500 dirhem gümüş) lazım gelir”.

Madde 134- “Gurrede zükur (erkekler) ile inasın (kadınların) farkı yoktur. Yani cenin-i meyyit, gerek oğlan ve gerek kız olsun, canı üzerine herhalde 500 dirhem gümüş vermek vacip olur. Yoksa kızın gurre-i oğlanın gurre-i nisfı (yarısı) değildir. Iskat edilen cenin tev'em (ikiz) olur ise, o surette canı üzerine iki gurre lazım gelir”.

Madde 135- “Bir gebe kadın zevcinin izni olmaksızın ıskat-ı cenin eden bir ilaç i'stimal edip de bir cenin-i meyyit ilka eylerse, kendisine gurre lazım gelir. Ve kendisi ol ceninin mirasından mahrum olur. Ama zevcinin izni ile olur ise, ol halde gurre ve hirman-i irs lazım gelmez”.

Madde 136- “Gurrenin lüzumu ceninin bercevh-i bala meyyit olarak sakıt olmasıyla meşhuttur. Ama hayyen (sağ olarak) sakıt olup da derakap vefat ettiği takdirde cenin zükurdan (erkeklerden) ise canı üzerine diyet-i recül, inastan (kadınlardan) ise canı üzerine diyet-i mer'e (kadın diyeti) lazım gelir”.

Madde 137- “Gurrenin lüzumunda ceninin müstebin'ül- hilkat (yani azası belirmiş) olması şarttır. Binaenaleyh, henüz a'zası belirmemiş olan cenin için gurre lazım gelmez.

Madde 138- “Gurre, bir sene hitamında eda olunmak üzere müeccelen hükm olunur”.

sınırlı serbesti dönemi (1983'den günümüze) olmak üzere üç aşamalı bir gelişim görülmektedir.

II. Yasak Dönemi (1923-1965)

Birinci Dünya Savaşı ve Kurtuluş Savaşı'nın yarattığı ağır kayıp ve yıkımlar, ülkenin savunma gereksinimi, büyük ölçüde tarıma dayanan ekonomide gerekli insan gücünün yetersizliği, yüksek bebek ve çocuk ölümleri gibi nedenlerle, Cumhuriyet'in ilk yıllarında nüfusu arttırmaya yönelik doğurganlık yanlısı politikanın gerektiği düşüncesi hakim olmuştur. Türkiye'de nüfus konusu ilk kez 1920'de Atatürk tarafından bir politika olarak ele alınmış ve günün koşullarının gerektirdiği doğurganlık yanlısı politika benimsenmiştir³⁸². Doğurganlık ve nüfus artışını doğrudan ve dolaylı olarak etkilemeye yönelik bir dizi yasal düzenleme yapılmıştır.

Cumhuriyetin kuruluşundan 1965 yılında 557 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun çıkartılıncaya kadar geçen dönemde, gebeliğin sonlandırılması katı biçimde yasaklanmıştır. Söz konusu bu yasak, 765 sayılı eski TCK ve 1930 tarihli Umumi Hıfzısıhha Kanunu ile düzenlenmiştir³⁸³.

Doğum yanlısı politika, isteyerek çocuk düşürmenin, gebeliği önleyici ilaç ve araçların satılmasının, kullanılmasının ve bu konuda eğitim ve propaganda yapılmasının yasaklanması, altıdan fazla çocuğu bulunan annelere ikramiye ve madalya verilmesi, çok çocuklu ailelerin yol vergisinden muaf tutulması gibi

³⁸² Atatürk, İstanbul gazetecileri ile İzmit Kasrında 16-17 Ocak 1923'te yaptığı mülakatta, nüfusun artırılmasını gündeme getirerek, hakikaten memleketin nüfusu şayanı teessüs bir derecededir. Efendiler, bu memleket Almanya'nın iki katıdır, Almanya'da 70 milyon nüfus vardır. Zannedirim ki, Anadolu halkı 8 milyonu geçmez." dedikten sonra, nüfusun savaş ve hastalıklardan hızla azaldığını belirtip, "şimdi bunu telafi etmek istiyoruz. Telafi etmek için şüphe yok ki herkesçe malum olduğu gibi, sıhhi ve içtimai tedbirler almak lazım gelir." diyerek sözlerini sürdürmüştür. Yine, 1 Mart 1923 tarihinde TBMM'nin 4. toplanma yılının açılış konuşmasında Atatürk Meclise, "Efendiler; nüfus meselesi bir memleketin en önemli hayati konularındandır. İdari, askeri, mali ve ekonomik konularda ülke nüfusunun gerçek sayısını bilmek ne kadar gerekli ise, her yıl yapılacak istatistiklerle nüfusun artma ve azalma oranı anlaşılmalıdır. Nüfus artışının devamı ve azalma sebeplerinin ortadan kaldırılması için önlem alınması, bunun için nüfus sayımı yapılması acil ve kaçınılmazdır." şeklinde hitap etmiştir. Bkz. Semiz, Y., 1923-1950 Döneminde Türkiye'de Nüfusu Artırma Gayretleri, S.Ü. Türkiyat Araştırmaları Dergisi 2010, 423-469.

³⁸³ Şafak, A. A., Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması, Güncel Hukuk, Temmuz 2012, 36.

önlemleri kapsayan yasalarla yürütülmüştür³⁸⁴. 1926 yılında yürürlüğe giren 765 sayılı TCK ile çocuk düşürme ve düşürtme suç olarak düzenlenmiş, 1936 yılında bu suçlar için öngörülen cezalar daha da ağırlaştırılmıştır. Bu düzenlemelerin çıkış noktası, dönemin doğumların artmasını destekleyen nüfus politikasıdır.

1889 İtalyan Ceza Kanununun 381 ila 385. maddeleri³⁸⁵ uyarlanarak hazırlanan 765 sayılı eski TCK'nun 1926 tarihinde yürürlüğe giren ilk şeklinde, ikinci kitap, 9. bapta, "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar" kapsamında, "Kasten Çocuk Düşürmek ve Düşürtmek Cürümleri" başlığını taşıyan 4. fasılda, 468 ila 472. maddeleri arasında düzenlenmiştir³⁸⁶. Kanunumuzun ilk şeklinde – kaynak 1889

³⁸⁴ Krş. Sancar, 232; Çokar, 201; Dönmez, 102 vd.; Şafak, 36.

³⁸⁵ 765 sayılı Eski TCK'nın konuya ilişkin düzenlemelerini 1927 yılında Türkçeye çevrilen Majno'nun İtalyan Ceza Kanunu Şerhinden (Ceza Kanunu Şerhi, Cilt 3, Ankara 1980, s.298 vd.) öğreniyoruz: 1926 tarihli Eski TCK'nın mehzazı İtyCK'nın 4. fasıl başlığı "Kasten Çocuk Düşürmek ve Düşürtmek Cürümleri" şeklindedir. Majno'nun açıklamasına göre: Mehzaz İtyCK'nun Toscana Ceza Kanununa uyarak çocuk düşürme suçunu hangi sebeple şahıslara karşı cürümler arasında düzenlenmiştir. Sardunya Kanununda ise, bu suçun aile düzeni aleyhindeki suçlar kapsamında yer verilmiştir. Bu suçun cezalandırılmasının esası, insan hayatı gibi ana rahmindeki ceninin de yasaca korunması lazım geldiği düşüncesinden kaynaklanır. İtalyan kanun koyucusunun kadının kendi vücudunda tasarruf ve serbestçe hareket hakkına sahip olduğundan, çocuğunun bizzat düşürmesinin sorumluluğu gerektirmeyeceği ve eğer başka bir şahıs tarafından düşürülürse, o zaman kadına karşı bir saldırı olacağına dayanan eski görüşü reddedilmiştir. Çocuk düşürmek suçunun döneminin yazarları arasında tartışmalara yol açmıştır. Örneğin, "Luggini" aile yararına veya kadının sıhhatine zarar vermemek veya ölümüne yol açmamak şartı ile kadının rızasıyla çocuk düşürme fiilinin suç oluşturmayacağını savunmuş, diğer çocuk düşürme hallerinde ise ceza kovuşturmasının şikayete bağlanması gerektiği görüşünü ileri sürmüştür. "Blesterni" de benzer görüştedir. 765 sayılı TCK' nın mehzazı İtyCK, Toscana CK ve Sardunya CK' ya paralel olarak çocuk düşürme suçu kadının rızasının olup olmamasına göre iki farklı bakışla düzenlenmiş, çocuk düşürme fiili sebebiyle kadının ölümü sağlık görevlilerince işlenmesi ağırlatıcı sebep, kendisinin veya yakınlarının namusunu korumak maksadıyla işlenmesi hafifletici sebep sayılmıştır.

³⁸⁶ 1926 tarih ve 765 sayılı TCK'nun ilk şeklinde, bu suçlara ilişkin maddeler, aşağıdaki gibidir:

Madde 468: "alet ve ilaç kullanarak veya başkası tarafından kullanılmasına razı olarak çocuk düşüren kadın, altı aydan üç seneye kadar hapsolunur".

Madde 469: " Bir kadının rızasıyla vasita temin ederek çocuğunu düşürten kimse, bir seneden üç seneye kadar hapse mahkum olur. Eğer bu düşürtme neticesi veya düşürmek için kullanılan vasitadan kadın telef olursa, ceza dört seneden yedi seneye kadar ve eğer kadının ölümü razı olduğu vasitadan daha tehlikeli bir vasita kullanmaktan hasıl olmuşsa, ceza beş seneden on seneye kadar ağır haptistir".

Madde 470: " Bir kimse gebeliğini bildiği bir kadının rızası olmadığı halde çocuk düşürmeğe mahsus ilaç ve sair vasita kullanmak yahut kadını dövmek veya yaralamak yahut başka bir fiil işlemek suretiyle çocuk düşürtürse, yedi seneden on seneye kadar ağır hapse mahkum olur.

İtalyan Ceza Kanunu'nun sistemine uygun olarak, bu suçlar "Şahıslar Aleyhine Cürümler" başlığını taşıyan dokuzuncu babının dördüncü faslında düzenlenmişti. Ancak 1936 yılında yürürlüğe giren ve hemen bütün hükümlerinde 1930 İtalyan Ceza Kanunu'ndan esinlenen 3038 sayılı Kanunla, faslın başlığı "İrkin Tümlüğü ve Sağlığı Aleyhine Cürümler" olarak değiştirilmiş, maddeler de aynı kanun kaynak alınarak tadil edilmiştir³⁸⁷. Belirtmek gerekir ki, 1930 İtalyan Ceza Kanunu'nda çocuk düşürtme ve düşürme suçları (İtCK 545-555), 22 Mayıs 1978 tarihli Gebeliğin Sonlandırılması Hakkındaki Kanun'la kaldırılmıştır. Bu kanunun bazı maddelerinin çocuk düşürtme ve düşürme fiillerinin bazı şekillerini suç saymaya devam etmesi üzerine, bu hükümlerin kaldırılması maksadıyla 17-18 Mayıs 1981 tarihinde biri köklü, diğeri asgari

Eğer bu düşürtme neticesinde veya bunun için kullanılan vasıttan kadın ölürse ceza on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır haptir.

Eğer fail kadının kocası ise, bu maddede tayin olunan ceza altıda bir miktarı çoğaltılır".

Madde 471: "Yukarıda maddelerde yazılan işlerden birini yapan kimse, sıhhati amme namına nizam altına alınmış sanat veya meslek ashabından olup ta çocuk düşürtmeğe mahsus çare ve vasıtaları öğretmek veya kullanmak suretiyle bu fiili vukua getirmiş ve bundan kadının ölümü hâsıl olmuşsa, hakkında mezkur maddede yazılı olan ceza miktarı altıda bir miktarı çoğaltılır".

Madde 472: "Kendisinin veya karısının veya anasının veya evlatlarının veya kız kardeşinin namusunu kurtarmak için çocuk düşüren veya düşürtenler hakkında yukarıda yazılı cezalar üçte ikiye kadar indirilir ve ağır hapis cezası hapse çevrilir"; RG 13 Mart 1926 sayı 320, 3. tertip düstur, c.7, sayı 519, 445.

³⁸⁷ 765 sayılı TCK.'nin çocuk düşürme ve düşürtme suçlarına ilişkin ilk metni, 1889 İtalyan Ceza Kanunundan alınmıştır. Bu tarih, özgürlüklerin biçimlendiği döneme rastlar. Bundan sonraki 1936 yılında ceza kanunumuza, 1930 İtalyan faşist ceza kanunundan bazı bölümler aktarıldı. Bunlardan biri de; çocuk aldirmaya ilişkin bölümdür. Bu bölümün başlığı şuydu: "İrkin Tümlüğüne Karşı Cürümler". Böylece İtalyan faşizminin benimsediği ırkçılık yasalarımıza yansımış oldu. Çünkü İtalyan faşizmi ne sebeple olursa olsun, çocuk aldirmayı İtalyan ırkının üstünlüğüne (!) karşı davranış sayıyordu. Bu sebeple kaldırılması isabetli olmuştur. Bu bölümdeki yasaklardan biri de, döllenmeyi önleyici araç ve ilaçların yapımını, satılmasını, döllenmeden korumak amaçlı yayınları cezalandırıyordu. 1965 yılında bu yasaklar kanunumuzdan çıkartıldı. Fakat kürtaj yasağı kaldırılmadı. Henüz düşünceler olgunlaşmamıştı. Bugün herhalde bu anlayış çok geride kalmıştır. Yasanın "sosyal ve ekonomik sebeplerle" de kürtajı kabul edişi, yıllarca evvel hiç kimsenin kabul edebileceği bir şey değildi. Değerlendirme için bkz. Erem, 481; Cihan, E.; Yazar, "İlkin (Dördüncü Fası) başlığı olan "İrkin Tümlüğü ve Sağlığı Aleyhine Cürümler" başlığı isabetsiz olması nedeniyle (Şahıslara karşı cürüm) olarak nitelendirilmesi gereken bu cürümler (Çocuk Düşürme Cürümleri) olarak adlandırılmalıdır" görüşüyle bu suçla korunan hukuki yarar ve düzenleme yerini eleştirmektedir.; Krş. Yurtcan, 35.

düzeyde sayılan iki referandum yapılmışsa da, her ikisi de anılan hükümlerin kaldırılmaması yönünde sonuçlanmıştır³⁸⁸.

765 sayılı eski TCK'nun ilk metninde, kaynak kanunda olduğu gibi, çocuk düşürmek ve çocuk düşürmek suçları ayrı suçlar olarak düzenlenmiş; yine, gebe kadının fiile razı olup olmamasına göre çocuk düşürtme fiilleri de iki farklı suç tipi olarak öngörülmüştür.

Burada kanun koyucu, insan yaşamı gibi, ana rahminde bulunan ceninin de kanunen korunması düşüncesinden hareket etmiştir. Kadının kendi vücudu üzerinde tasarruf serbestisinin bulunması, ceninin korunması gereğini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle, çocuk düşüren gebe kadının ceza sorumluluğu kabul edilmiştir. Ayrıca, gebe kadının rızası çocuk düşürtme fiilinde hukuka uygunluk sebebi sayılmamış; ancak, rızanın varlığı fiilin haksızlık derecesi, ihlalin ağırlığı üzerinde etkili görülmüştür. Kadının rızası hilafına işlenen çocuk düşürtme, hem kadının vücut bütünlüğüne hem de rahminde gelişen cenine karşı işlenmiş bir haksızlık oluşturması ve ihlalin ağırlığı sebebiyle, kadının rızasıyla bu fiilin işlenmesine oranla daha ağır yaptırım öngörülen ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir.

Çocuk düşürtme fiili ya da kullanılan vasıta sebebiyle kadının ölümü, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış bir hali olarak öngörülmüş ve ceza sorumluluğu artırılmıştır. Kadının rızası olmaksızın çocuğunu düşürtmek suçunun, koca tarafından işlenmesi ağırlatıcı sebep sayılmıştır. Hekim ve sağlık görevlilerinin çocuk düşürme suçunu işlemesi ise, genel bir ağırlatıcı sebeptir.

Kişinin kendisinin veya belirli yakınlarının namus ve şerefini korumak amacıyla bu suçları işlenmesi hali, genel hafifletici sebep olarak belirlenmiştir.

765 s. TCK.'nun ilk metninde, çocuk düşürme suçu ve gebe kadının rızasıyla çocuk düşürtme suçunun yetersiz şekilde tanımlandığı düşüncesi, bu hükümlerin değişiklik gerekçesini oluşturmuştur.

³⁸⁸ Erman/Özek, 186.

765 sayılı TCK, 1936 yılında kaynak İtalyan Ceza Kanunundaki 1930 tarihinde yapılan değişiklikler esas alınarak kapsamlı değişikliğe uğramış ve cezalarda ağırlaştırma yoluna gidilmiştir.

Değişikliğin çocuk düşürme ve düşürtme suçlarına ilişkin gerekçesinde: “Eski İtalyan Ceza Kanunu’ndan bazı değişikliklerle alınan çocuk düşürtme ve düşürme suçlarını düzenleyen 468 ila 472 maddeleri hükümleri zamanın ihtiyacını karşılamamaktadır. Örneğin, bu maddelerdeki kayıt ve şartlara göre çocuk düşürtme suçlarının cezalandırılabilmesi için mutlaka alet ve ilaç kullanmak lazımdır. Alet ve ilaç kullanmadan işlenen çocuk düşürtmeler cezadan kurtulmaktadır. Ayrıca bu fiiller karşılığı öngörülen cezalar toplumun ihtiyacını korumaya yeterli değildir. Bu nedendir ki, yeni İtalyan Ceza Kanunu göz önüne alınarak birçok ihtimali kapsayan fiiller ve bunlara uygun cezalar konmuştur. Maddeler yazılırken İtalyan kanun koyucusunun sistemine bakılarak amaç çocuk düşürmenin önüne geçmek ve nesli korumak olduğuna göre maddelere uygulamada güçlük doğuran bir takım lüzumsuz kayıtlar koymaktan kaçınılmıştır. Kanunun uygulama kapsamını sınırlandıran ilaç ve aletler şartı kanun hükümlerinden çıkarılmış ve genel olarak çocuk düşürmenin cezalandırılması göz önüne alınmıştır. Bu itibarla maddenin yazılışında gerek ilaçla gerek aletle ve gerek vurmak, ovmak ve her hangi bir suretle olursa olsun çocuk düşürmek kastıyla yapılan fiillerin cezalandırılması amaçlanmıştır. Yine bu amaçla gebe olmayan kadınlar üzerinde bu maksatla fiil ve harekette bulunanlar için ayrıca ceza tayin edilmiştir. Bu kanun değişikliğiyle amaçlanan nesli korumak olduğundan kişiyi çocuk yapmak kabiliyetinden yoksun bırakan fiilleri işleyenleri ve bu fiile rıza gösterenlerin, halkı çocuk yetiştirmeye engel vasıtaları kullanmaya alenen teşvik edenlerin, frengi, belsoğukluğu hastası olup bu hastalığı başkasına aşıl原因larının fiilleri de ceza tehdidi altında ceza kanununa aktarılmıştır...” denilmektedir.

Aktardığımız bu gerekçelerle çocuk düşürme ve düşürtme suçları fasıl başlığı da “İrkin Tümlüğü ve Sağlığı Aleyhine Cürümler” şeklinde değiştirilerek yeniden düzenlenmiştir.

Çocuk düşürtme ve düşürme suçlarını düzenleyen 765 s.lı TCK'nun hükümleri,1936 tarih ve 3038 sayılı Kanunla değiştirilmiştir³⁸⁹. Bu hükümleri ayrıntılı değerlendirmeye girişmeksizin incelediğimizde; dönemin hakim siyasal düşüncelerinin etkisiyle çocuk düşürtme ve düşürme suçlarına ilişkin cezaların, önceki düzenlemeye nazaran oldukça ağırlaştırılması cihetine gidildiği

³⁸⁹ 765 sayılı TCK'nun 1936 tarih ve 3038 sayılı Kanunla değişik şekli:

Madde 468: "Bir kadının rızası olmaksızın çocuğunu düşürten kimseye yedi seneden on iki seneye kadar hapis cezası verilir.

Rızası ile 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 tehdit 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 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 kadar ve bedeni bir zararı mucip olmuş ise üç seneden sekiz seneye kadar ağır hapis cezası verilir."

Madde 469: "İsteyerek çocuğunu düşüren kadına bir seneden dört seneye kadar hapis cezası verilir.

Yukarıdaki fıkrada yazılı cürme iştirak halleri dışında gebe bir kadını çocuk düşürmeğe yarayacak vasıta tedarik etmek suretiyle çocuğu düşürmeğe tahrik eden kimse altı aydan iki seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır."

Madde 470: " Gebe sanılan bir kadına çocuk düşürmek için vasıtalar tedarik eden veya bu kadın üzerinde bu maksatla bazı fiillerde bulunan kimsenin fiili kadının ölümüne veya bedeni bir zarara sebep olmuş ise fail 452 ve 456. maddeler hükümlerine göre cezalandırılır. Fiil kadının rızası ile işlenmiş ise, verilecek cezanın üçte biri indirilir."

Madde 471: " Rıza ve muvafakatiyle bir erkek veya kadın üzerinde bazı fiiller yaparak onların çocuk yapma kabiliyetini yok eden ve bu suretle rıza göstererek kendi üzerinde böyle bir fiil ve hareketi yaptıran kimse altı aydan iki seneye kadar hapis ve yüz liradan beş yüz liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.

Çocuk yapmağa mani fiil ve hareketlerin işlenmesini teşvik eden veya bu fiil ve hareketlerin işlenmesi için propaganda yapan kimse bir seneye kadar hapis veya bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Eğer fiil kazanç temini gayesiyle işlenmiş ise her iki ceza birlikte hükmolunur."

Madde 472: "471. 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. maddenin birinci, ikinci, üçüncü, beşinci ve altıncı fıkraları ile 469. maddenin ikinci fıkrası ve 470. maddenin ve 471. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yazılı cürümlerin faili tababet ve suabati mensubu ise verilecek ceza üçte birden eksik olmamak üzere arttırılır."

görülmektedir. 765 sayılı TCK'nun 468. maddesi, bilahare 1953 tarih ve 6123 sayılı Kanunla değişikliğe uğramış; rızası olmaksızın çocuk düşürme fiili sebebiyle, kadın ölmüşse faile verilecek cezanın alt sınırı onbeş seneye çıkarılmıştır³⁹⁰.

III. Geçiş Dönemi (1965-1983)

1960'lı yıllara gelirken, dünyada yayılmakta olan, gebeliği isteyerek sonlandırma yasalarının liberalleştirilmesi yaklaşımı Türkiye'ye de yansımıştır. Doğum yanlısı politikalara bağlı olarak nüfusta önemli gelişme ve artış sağlanmış; nüfus artışının getirdiği sosyal, ekonomik, sağlık, eğitim gibi alanlarda ciddi sorunlarla karşılaşmaya başlanmıştır. Bu sorunlara karşı çözümler üretmek üzere Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ile Devlet Planlama Teşkilatı ortak çalışma başlatmıştır. 1962 yılında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Birinci Beş Yıllık Sosyal ve Ekonomik Kalkınma Planı'nda nüfus ekonomik bir sorun olarak kabul edilmiştir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi uzun müzakerelerden sonra, 1965 yılında 557 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'u (NPK) kabul etmiştir.

1965 tarih ve 557 sayılı NPK'nda, nüfus planlaması "**fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları**" şeklinde tanımlanmış; sadece, "**gebeliğin ana hayatını tehdit ettiği veya edeceği, ruşeymin veya ceninin gelişmesini imkansız kılan veya doğacak çocuk ile onu takibedecek nesiller için ağır maluliyet teşkil edecek hallerde**" gebeliğin sonlandırılmasına yasal olarak izin verilmiş ve gebeliğin sona erdirilmesi, TCK dışında düzenlenmiştir. NPK her ne kadar kişilere istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olma hakkı tanımış görünmekte idiyse de, tıbbi zorunluluklar dışında gebeliğin sonlandırılması hala yasaktır. Bu Kanunla, çocuk

³⁹⁰ Hükümet tasarısında, rızası olmaksızın çocuk düşürme sonucu kadının ölümüne sebebiyet vermişse faile ölüm cezası, kadının bedeni bir zararı doğmuşsa on seneden aşağı olmamak üzere hapis cezası verilmesi istenmiştir. Ancak, ölüm cezasının işlenen suç ile alaka ve münasebeti bakımından çok ağır olduğu görüşüyle, teklifin yalnız bu kısma ait isteği reddedilmiş, uygulamada bu maddede sözü edilen olayların artması eğilimini engellemek düşüncesiyle yürürlükteki maddede öngörülen ceza arttırılmak suretiyle, madde değiştirilerek kabul edilmiştir (6183 sayılı kanuna ait 22.2.1953 tarih, 22 karar sayılı Adalet Komisyonu Raporu; Nakleden, Özütürk, N., TCK Şerhi ve Tatbikatı, Ankara1966, c.II, 118).

yapmaya mani fiillerin işlenmesi için propaganda yasağı ve doğurganlığı teşvik için para ve madalya ödülü uygulaması kaldırmıştır³⁹¹.

Kanunda kişilerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olma hakkının tanınması olumlu bir gelişmedir. Bununla beraber, kişilere tanınan bu özgürlüğün nüfus planlaması bağlamında düzenlenmesi eleştirilmiştir. Öte yandan Kanunun devam eden hükümlerinde kişilere tanınan bu özgürlüğün tek yönlü olduğu, özgürlüğün negatif boyutunun ihmal edildiği görülmektedir³⁹².

IV. Sınırlı Serbesti Dönemi (1983'ten Günümüze)

1983 tarihinde yürürlüğe giren NPK ile bu yasaya dayanarak çıkarılan Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine ilişkin Tüzük (Tüzük) ve Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütme Yönetmeliği ile gebeliğin sona erdirilmesi belli şartlara bağlı olarak suç olmaktan çıkarılmıştır³⁹³.

1983 tarih ve 2827 sayılı NPK'da da nüfus planlaması "fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları" şeklinde tanımlanmıştır. Konunun nüfus planlaması bağlamında ele alınmasına yönelik eleştiri, bu Kanun açısından da geçerlidir. Ancak, kişilere tanınan, istediği sayıda ve istediği zaman çocuk sahibi olma özgürlüğünün negatif boyutu kadının rızasıyla belli bir süreye kadar gebeliğini sonlandırabilmesine yasal izin vermekle, olumlu bir gelişme olarak değerlendirilir.

Gerçekten, 2827 sayılı NPK'nun getirdiği en önemli yenilik ve iyileştirme, 5. maddesiyle gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine tıbbi yolla rahim tahliyesine izin vermesidir. Böylece Türk hukukunda gebeliğin belli bir süresine

³⁹¹ Çokar, 213; Şafak, 37.

³⁹² Özgürlüklerin olumlu ve olumsuz anlayış içinde içerik ve biçim verilerek düzenlenmesi ve Anayasal hak ve özgürlüklerinden üstün olanın korunması özüne dokunamama ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük, sınırlamaya elverişlilik ve gereklilik ilkelerine ilişkin geniş açıklama için bkz. Sağlam, F., Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, Ankara 1982.

³⁹³ Çokar, 218; Şafak, 37.

kadar istek üzerine tıbbi yolla gebeliğin sona erdirilmesi yasal dayanağa kavuşmuştur.

Öte yandan NPK m.5, fıkra 2'de, gebeliğin annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile takip edecek nesilleri için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ile ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporuyla süreye bağlı olmaksızın sona erdirilebileceği düzenlenmiştir.

NPK m.5 son fıkrası hükmü uyarınca çıkarılan Tüzüğün 3. maddesine göre, gebeliğin sonlandırılması kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır. Ayrıca Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlilik belgesi almış pratisyen hekimlerin de kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle gebeliği sonlandırma ameliyesi yapabilecekleri düzenlenmiştir.

NPK m.5/ fıkra 3'de derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı ve hayati organları tehdit eden durumu tespit eden yetkili hekimin gerekli müdahaleyi yaparak gebeliği sonlandırabilmesine yasal olanak tanınmıştır.

Tüzük m.5, gebelik süresi on haftayı geçen kadınlarda gebeliğin kadının hayatını tehdit eden veya edeceği veya doğacak çocuk ve onu takip eden nesiller için ağır maluliyete neden olacak hastalıkları Tüzük'e ekli 2 sayılı listede sıralamıştır. Yine NPK m. 5 ve Tüzük m.7 ve 8'de, gebeliğin kadının hayatını veya hayati organlarından birini tehdit ettiği acil haller sıralanmış; acil hallerde gebeliğin sona erdirilebileceği, bu ameliyeyi yapmaya yetkili olanlar, yapılacağı yerler ve bildirme zorunluluğu düzenlenmiştir.

NPK m.6 ve Tüzük m.13 hükmüne göre, gebeliğin sonlandırılması reşit olan gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rıza ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde, reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin iznine bağlıdır. Kadın evli ise gebeliğin sona erdirilmesi için kadının rızası yanında eşin rızası da aranmıştır. Tüzük m. 13'e göre, eşin ya da vasinin gelememesi halinde bu kişilerin izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli sayılmıştır. Bu durumda belgeyi

getiren, imzanın sahibine ait olduğunun hukuki sorumluluğunu kabul ettiğine dair bir belge imzalamak zorundadır.

1983 tarihli 2827 sayılı NPK ve Tüzük'ün gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hükümleri ile 765 sayılı TCK.'nun çocuk düşürtme ve düşürme suçlarına ilişkin hükümleri, 5237 sayılı TCK.'nun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesine kadar birlikte uygulanmışlardır.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.'nun çocuk düşürtme ve düşürme suçlarına ilişkin m.99 ve m.100 hükümleri, madde gerekçelerinde belirtildiği üzere, 1983 tarih ve 2827 sayılı NPK ve ilgili mevzuat hükümleri göz önünde bulundurularak, düzenlenmiştir.

§6. ÇOCUK DÜŞÜRTME VE DÜŞÜRME SUÇLARI

A. Konuya İlişkin Yasal Düzenlemeler

I. Anayasal Temel

Gebe kadının rızası hilafına çocuk düşürtmenin suç sayılması ve cezalandırılması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Buna karşılık çocuk düşürme ve gebe kadının rızasıyla çocuk düşürtmenin suç sayılması, bunun şartları ve kapsamı konusundaki tartışmalar sorunu ceza hukuku sınırlarının üzerine taşımakta; anayasal açıdan değerlendirmeyi ve mevcut yasal düzenlemelerin anayasal temellerinin göz önünde bulundurulmasını gerekli kılmaktadır³⁹⁴. Nitekim ABD, Almanya³⁹⁵, Avusturya³⁹⁶ gibi ülkelerde

³⁹⁴ Bkz. Yurtcan, 40 vd.

³⁹⁵ Bkz. Maurach/ Schröder/ Maiwald, 80 vd, kn.15-16.; Amerika Yüksek Mahkemesi, 1973 yılında Roe v. Wade kararında, kadının, gebeliğini sonlandırma hakkını özel hayatın dokunulmazlığına dayanarak tanımış; 1974 yılında Avusturya Anayasa Mahkemesi süreye bağlı çözümü Anayasa'ya uygun bulmuştur. Buna karşılık, Alman Anayasa Mahkemesi StGB § 218a hükmündeki süreye bağlı çözümün önce yürürlüğünü durdurmuş, nihayet Alman Anayasası'na aykırı bularak iptal etmiştir (BVerfGE 39,1). Yine Alman Anayasa Mahkemesi, gebeliğin ilk on iki haftası içerisinde zorunlu danışma almak suretiyle gebeliğin kadının istemiyle sona erdirilmesini hukuka uygun sayan 27.7.1992 tarihli Gebe Kadın ve Ailesine Yardım Kanunu'nun hükmünün, yürürlüğe girmesini 4.8.1992 tarihinde durdurmuş, 28.5.1993 tarihli kararıyla da, Kanunun zorunlu danışmayla gebeliğin ilk oniki haftası içinde kadının talebiyle sona erdirilmesini hukuka

sorunun Anayasa Mahkemelerinin önüne taşındığı; konunun Anayasa hükümleri karşısındaki durumunun saptanması cihetine gidildiği görülmektedir. Bu nedenle, Anayasamızın konuya ilişkin hükümleri hakkında bazı açıklamaların yapılması faydalı olacaktır.

1982 t.li Anayasamızın Genel Esaslar ve Temel Hak ve Ödevler bölümünde yer alan 5. maddesi ve 12. maddesi hükümleri konumuz bakımından önem arz etmektedir.

Anayasamızın, “devletin temel amaç ve görevleri” başlığını taşıyan 5. maddesine göre: devlet, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmakla yükümlüdür.

Anayasa'nın 12/1. maddesinde; herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirtilmiştir.

Anayasamızın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını düzenleyen 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin ancak Anayasanın ilgili hükümlerinde gösterilen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabileceği; bu sınırlamaların

uygun sayan yasa hükmünü iptal etmiştir (BVerfGE 88, 203); Roxin, C., Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen-Der Aufbau der Verbrechenlehre, München 2006, 43, kn. 95 vd.; Yazar, maddi suç kavramını incelerken Alman Anayasa Mahkemesi'nin (BVerfGE 39,1; BVerfGE 88,203) kararlarını, kanun koyucunun anayasal düzeyde korunmuş hukuksal değerlerin ihlalini suç sayıp cezalandırmak zorunda olup olmadığı sorununa ilişkin olarak değerlendirme yapmakta, Anayasa Mahkemesi'nin kararının ardından kabul edilen StGB § 218a hükmündeki tıbbi indikasyonlar ile kriminolojik indikasyonların hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlendiğini; zorunlu aydınlatma yükümü ile beraber belli süre içerisinde kadının talebiyle gebeliğin sona erdirilmesinin fiilin tipe uygunluğunu kaldıran sebep sayıldığını belirtmektedir. Buradan anlaşılacağı üzere, Alman Hukukunda belli süre içerisinde, aydınlatma yükümü yerine getirilmek suretiyle gebe kadının rızasıyla gebeliğin sona erdirilmesi halinde rıza hukuka uygunluk sebebi olmayıp, bu durum tipikliğin gerçekleşmediği bir hal olarak düşünülmektedir.

³⁹⁶ ÖvFGH, Avusturya'da süreye bağlı olarak (3 ay) kadının istemiyle gebeliğinin sona erdirilmesine izin veren yasal düzenlemenin, AİHS'nin 2. maddesindeki yaşam hakkının yasayla korunması hükmüne, aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir. Nakleden, Birkbauer/Hilf/Tipold, 121.

Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı açıklanmıştır.

Anayasamızın, “Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı” başlığını taşıyan m.17’ye göre: Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, insan haysiyetiyle bağdaşmayan muameleye tabi tutulamaz³⁹⁷.

Bu hüküm karşısında ceninin anayasal statüsünün tayini gerekir. Hükmün cenini kapsamadığı, ceninin henüz kişi vasfını kazanmadığından hareketle Anayasanın bu hükmünün koruma kapsamında olmadığı savunulabileceği gibi; tam aksine, ceninin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında yaşamına ve vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını savunulması da mümkündür.

Birinci ihtimalde, Anayasamızda ceninin gelişme ve yaşamını sürdürerek doğma hakkının korunmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. İkinci ihtimalde ise, Anayasamızda ceninin yaşam hakkının ve vücut dokunulmazlığının korunduğunun, gelişme ve doğma hakkının bu hüküm kapsamında tanındığının kabulü gerekecektir. Bu durumda ceninin yaşamına, gelişim ve doğma hakkına tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında dokunulamaz.

Anayasamızın 17. maddesi hükmündeki “herkes” kavramı içinde kadının yer aldığı açıktır. Kadınların yaşam, sağlık, maddi ve manevi varlığını geliştirme, özgürce yaşamını şekillendirme hakkı üreme sağlığını da içerir. Bu itibarla gebelik, kadının yaşam ve sağlık hakkını, bireysel otonomisini doğrudan ilgilendirir.

³⁹⁷ Anayasa Mahkememiz, 4.7.2012 tarihli 6354 sayılı yasa ile Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’na eklenen “gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması halinde doğum sezaryen ameliyatıyla yaptırılabilir.” hükmünün, yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması bakımından Anayasa’ya aykırı olduğuna ilişkin iptal davasını reddetmiş ve yasa hükmünü Anayasa’ya uygun bulmuştur. Kaynak, saglikaktuel.com/haber/anayasa-mahkemesi-sezaryen-yasasina-onay-verdi-33660.htm.

Bu durum karşısında, anayasal düzeyde ceninin haklarıyla kadının hakları arasında bir yarışma ve çatışma ihtimali belirir ve kanun koyucu tarafından dengelenmesi gereği ortaya çıkar.

Kanun koyucumuz, 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde 1965 tarihli Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nu, halen yürürlükteki 1982 Anayasası zamanında 1983 tarihli Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nu yürürlüğe koymuştur. Konunun nüfus planlaması kavramı içerisinde değerlendirilmesi eleştirilmiştir. Bu kanunlarda kişilerin istediği zaman ve istediği kadar çocuk sahibi olma hakları tanınmıştır. Ancak, gebeliğin belli bir süresine kadar (on hafta) tıbbi yolla isteme bağlı olarak sonlandırılmasına yasal imkan tanınmıştır. Bu süre zarfında anne-babanın tasarruf serbestisine üstünlük tanınmıştır. Yine tıbbi zorunluluklarla gebeliğin her aşamasında sonlandırılması anılan kanunda düzenlenmiştir.

Diğer taraftan, gelişmekte olan ceninin yaşam ve doğma hakkı mülga 765 sayılı TCK.'da ve yürürlükteki 5237 sayılı TCK.'da korunması gereken bir hukuki değer kabul edilerek, çocuk düşürtme ve düşürme suçları düzenlenmiştir.

Burada, konumuzu ilgilendiren Anayasamızın diğer bazı hükümlerine değinilmesi gerekmektedir.

Anayasamız, "Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması" başlığını taşıyan 20. maddesinde; kişilerin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının bulunduğunu, özel hayatına ve aile hayatına dokunulamayacağını belirtmiştir.

Sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler kapsamında Anayasamız'ın "Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları" başlıklı 41. maddesine göre; aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ve özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ve uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Yukarıda aktarılan Anayasa hükümleri birlikte yorumlandığında; kişilerin, temel hak ve özgürlükleri, özel hayatı dokunulmazdır. Ancak Anayasada

belirtilen üstün yararların korunması amacıyla, demokratik düzene, ölçülülük ilkesine aykırı olmamak kaydıyla yasayla bazı sınırlamalar getirilebilir.

Kişilerin temel hak ve özgürlükleri ve özel hayatının çevresi onun cinsel yaşamını, çocuk doğurup doğurmama hakkını da kapsar. Devletin bu hakkın özüne dokunacak müdahalelerde bulunması, cinsel yaşamına, üreme hakkına karışması Anayasaya aykırılık taşır. Kişinin özel yaşamına, aile yaşamına dokunulmazlığını zedeler. Bu nedenle devlet, ülke nüfusunu artırmak veya sınırlamak amacıyla kişileri gebe kalmaya, gebeliği sürdürmeye ya da gebeliğini sonlandırmaya zorlayamaz. Aksi hal, devletin kişilerin dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak ve özgürlüğüne dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkını zedeler. Devletin kişi hak ve özgürlüklerini sağlama yükümünü ihlal eder³⁹⁸.

Bu açıdan devlete düşen görev, doğum kontrolü ve aile planlaması konusunda kişileri eğitmek ve yetiştirmek, gerekli ilaç, araç ve sağlık hizmetlerine ulaşmasını sağlamaktır. Kişilere doğum kontrol olanağı vermek, istenmeyen gebelikleri sonlandırmak veya gebeliğini devam ettirip ettirmemek konusunda vicdani kanaatine göre serbestçe karar verebilmesi için gerekli ortamı sağlamaktır. Bu suretle, doğum kontrolü ve aile planlaması bakımından kişiler özgür irade ve kararlarına göre davranma olanağına kavuşmuş olacaklardır³⁹⁹.

Aile planlaması, doğum kontrolü ve gebeliği sonlandırma konusu kişilerin yaşama, sağlık, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakları üzerinde doğrudan etkilidir. Kişilerin, istedikleri zaman ve istedikleri sayıda çocuk sahibi olabilmeleri, kişilerin refah, huzur ve mutluluklarının temininde, tatminkar bir yaşam sürmelerinde, daha iyi bir yaşam standardı oluşturabilmelerinde asli önem taşır.

Doğum kontrolü, istenmeyen gebeliklerin tıbbi yolla sona erdirilmesine yasal imkan tanınmaması; yasaklanarak, suç sayılmasının, gebe kadınları ilkel

³⁹⁸ Yurtcan, 41.

³⁹⁹ Yurtcan, 41.

ve sağlıksız koşullarda gebelik sonlandırmaya yönelttiği; bunun, kadınların yaşamını ve sağlığını ağır tehlikeye maruz bıraktığı, bir çok kadının ölümü ve sakatlanmasına yol açtığı bilinmektedir. Bu durum, toplumların geçmişteki halk sağlığı tecrübeleriyle sabittir.

Bu itibarla devlet, sorunu sosyal, ekonomik, kültürel, sağlık ve sosyal güvenlik boyutlarından ele alarak çözüm önlemleri almalı; son çare olarak görülen ceza hukuku vasıtasıyla istemli gebelik sonlandırmayı suç sayarak yasaklamak ve yaptırıma bağlamanın bu sorunun çözümünde bir çare olmadığını, aksine sorunun ağırlaşmasına yol açtığı gözetilmelidir.

Anayasamız 41. maddesinde Türk toplumunun temeli kabul edilen ailenin korunmasını güvence altına almış; devlete, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ve uygulanmasını sağlayacak gerekli önlemleri almak ve teşkilatı kurmak yükümünü getirmiştir. Anayasamız bu hükümlerle, aile planlaması ile ailenin huzur ve refahı arasındaki bağı vurgulamıştır.

Anayasamızın konuyu ilgilendiren bir diğer hükmü ise, sağlık hakkını düzenleyen 56. maddesidir. Buna göre, kişilerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Devlet, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığını korumak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp, hizmet vermesini sağlamakla yükümlüdür.

Kişilerin beden ve ruh sağlığı hakkının kapsamına doğum kontrolü ve aile planlaması da girmektedir. Bu alanlarda devlet gerekli önlemleri almak, kişilerin üreme sağlığı hizmetlerinden etkin biçimde yararlanmasını sağlamak yükümü altındadır. Devlet, yeterli personel ve donanıma sahip teşkilatı kurmak ve gerekli hizmetleri sağlamak zorundadır. Nitekim bu amaçla Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatı içinde çeşitli hizmet birimleri oluşturulmuştur ve bu birimler marifetiyle aile planlaması, ana ve çocuk sağlığı hizmetleri yürütölmektedir⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ Yurtcan, 42, 43.

Kanaatimce, Anayasal hükümler düzleminde gebe kadının rızasıyla gebeliğine son verilmesi imkanının yasal olarak tanınmasıyla, ana rahminde gelişme halindeki ceninin yaşam ve doğma hakkı arasında adil bir dengenin kurulması gerekir. Burada Anayasal düzeyde korunmuş hukuksal değerlerin karşılıklı etkileşimi içerisinde tartılarak dengelenmesi gerekmektedir. Uygun hukuki yöntem, Anayasanın bütünlüğü ilkesinin bir sonucu olarak Alman hukukunda geliştirilen pratik uyuşum (Praktische Konkordanz) ilkesinin göz önünde bulundurulmasıdır. Bu ilkeye göre, bir temel hakkın başka bir temel hak ya da Anayasanın koruduğu başka bir hukuki değerle çatışması halinde öyle bir çözüm bulunmalı ki, gerek temel hak, gerek Anayasanın koruduğu hukuki değer varlık ve etkilerini optimal düzeyde korusun. Burada bir hukuki değerini bertaraf etmesi değil, orantılılık düzeni içinde (Verhaeltnismaessige Zuordnung) korunarak optimal etkilerini sürdürecektir. Ancak, böyle bir pratik uyuşum sonucu ortaya çıkabilecek temel hak sınırlarını içkin bir sınır olarak kabul etmek olanağı vardır. Pratik uyuşum ilkesi karşılıklı etki kuramıyla birlikte gözetilerek özgürlükçü ve demokratik bir düzende elverişlilik (Geeignetheit), zorunluluk (Erforderlichkeit) ve ölçülülük (Verhaeltnismaessigkeit) ilkeleri kapsamında kadının yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkıyla ana rahmindeki ceninin gelişimini sürdürme ve doğma hakkı arasında adil bir denge kurulmalıdır⁴⁰¹. Gebeliğin kadının istemine bağlı olarak sona erdirilmesine yasal olarak imkan tanınması kanaatimce zorunludur. Kadının istemiyle tıbbi yolla gebeliğini sona erdirmesinin suç sayılarak cezalandırılması cihetine gidilmesi son çare olarak düşünülme gerekir. Devlet, ana rahmindeki ceninin gelişim ve doğma hakkını öncelikle sosyal, ekonomik, kültürel, eğitsel çare ve önlemlerle korumayı amaçlamalıdır. Sosyal savunma aracı olarak ceza hukuku yaptırımlarına başvurmak, fiilin suç sayılarak cezalandırılması son çaredir. Bu fiili suç saymanın annenin hayatı ve sağlığı, maddi ve manevi gelişimi üzerinde oluşturduğu yıkıcı etkileri, en azından kadının rızasıyla gebeliğini tıbbi yolla sona erdirme yasal olanaklarını genişleterek çocuk düşürtme ve düşürme suçlarının uygulama alanı daraltılmalıdır.

⁴⁰¹ Bkz. Sağlam, 35 vd., 110, 114, 115, 116, 117.

II. NPK ve İlgili Mevzuat

1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (NPK)⁴⁰² hükümleri ve bu kanunun verdiği yetkiye dayanılarak 14 Kasım 1983 tarih ve 83/7395 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yürürlüğe konulan Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük⁴⁰³ ile 21.9.1983 tarih ve 83/7083 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütme Yönetmeliği⁴⁰⁴, gebeliğin yasal olarak tıbbi yolla sona erdirilmesine ilişkin yürürlükteki mevzuatı oluşturmaktadır.

TCK.'mızın çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarının incelenmesi sırasında NPK ve ilgili mevzuat hükümleri ilgili yerlerde inceleneceğinden, tekrara düşmemek açısından gebeliğin tıbbi yolla sona erdirilmesine yasal olarak izin verilen hükümleri burada aktarmıyoruz.

III. 5237 sayılı TCK.'da Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları

5237 sayılı TCK. m.99'da çocuk düşürtme suçunu, TCK. m.100'de ise çocuk düşürme suçunu düzenlemiştir. Yürürlükteki bu hükümler göz önünde bulundurulduğunda, çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarının iki başlık altında incelenmesi uygun olacaktır.

B. Çocuk Düşürtme Suçları

I. Yasal Düzenleme

5237 sayılı TCK. m.99 çocuk düşürtme suçunu düzenlemektedir. Bu maddeye göre:

“(1) Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

⁴⁰² RG, 27 Mayıs 1983, s. 18059; NPK. m.7 ve 8, 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı kanunun 400. ve 401. maddeleriyle değiştirilmiştir.

⁴⁰³ RG, 27 Mayıs 1983, s.18059.

⁴⁰⁴ RG, 6 Ekim 1983, s.18183.

(2) Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(3) Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur.

(6) Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için, gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.

1. Çocuk Düşürtme Suçlarının Türleri

TCK.'nun m.99 hükmü incelendiğinde çocuk düşürtmenin tek bir suç tipinden ibaret olmadığı, çeşitli suç tipleri halinde farklı fıkra hükümleriyle düzenlendiği görülmektedir.

Yetkili hekimin rızasız çocuk düşürtme suçu, yetkili hekimin rızalı çocuk düşürtme suçu; gebe kadının çocuk düşürtme suçu ilk iki fıkra hükmünde düzenlenmiştir.

Buna karşılık, yetkisiz kişinin gebe kadının rızasıyla on haftayı doldurmamış çocuğun düşürülmesi suçu f.5'te tanımlanarak ceza yaptırımını tayin edildikten sonra, yetkisiz kişinin çocuk düşürtme suçları, yetkili kişinin çocuk düşürtme suçlarına atıf yapılmak suretiyle suçun nitelikli işleniş şekilleri olarak düzenlenmiş, cezanın yarı oranında artırılarak hükmedileceğini belirlemiştir. Bu kapsamda; yetkisiz kişinin rızasız çocuk düşürtme suçu ile yetkisiz kişinin on haftayı aşan gebelikte kadının rızayla çocuk düşürtme suçu cezalandırılmıştır.

2. Suçla Korunan Hukuki Yarar

Çocuk düşürtme suçlarında korunan yarara ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu suçlarda, münferit bir hukuki yararın korunduğu savunulduğu gibi, birçok hukuki yararın birlikte korunduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır⁴⁰⁵.

İkinci grupta yer alan yazarlar bakımından korunan hukuki yararlar arasındaki ilişki, öncelik, üstünlük ve dengelenmesine dair çeşitli görüşler bulunmaktadır. Ayrıca, gebeliğin belirli bir süresine kadar sonlandırılmasına yasal olarak izin veren kanunumuz ve benzer diğer kanunlar bakımından gebe kadının çocuk sahibi olmak isteyip istememesine, onun irade ve arzusuna itibar edilmiş, ceninin korunması ikinci planda görülmüştür⁴⁰⁶.

Çocuk düşürtme suçunda korunan hukuki yararın tespiti, suçun kanundaki yerinin belirlenmesi, yorumlanması, kapsam ve uygulanması bakımından önemli değişiklikler gösterir. Suçla korunan hukuki yarara ilişkin görüşler aşağıda ele alınmıştır.

⁴⁰⁵ Katoğlu, T, Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C. II, 280.

⁴⁰⁶ Alman Anayasa Mahkemesi, 1974 yılında süre modelini kabul eden kanun değişikliğini Alman Anayasasına aykırı bularak iptal etmekle, aksi görüşü benimsemiştir. Böylece, ceninin bağımsız bir varlığı olduğuna, gebe kadının bu varlık üzerinde tasarrufta bulunamayacağına karar vermiştir. Her iki görüşün savunulabilmesi mümkün olabilmekle beraber, özellikle süre modelini kabul eden kanunlar bakımından şu husus ayrıca belirtilebilir. Cenin, insan olmadığına göre, bir insanın sahip olduğu hakların tümünden faydalanamaz. Gebe kadının sağlığının söz konusu olduğu durumda, süreye bağlı olmaksızın gebeliğe son verilebilmesi mümkün olduğuna, taksirle ceninin ölümüne sebebiyet ayrıca düzenlenip, Ceza Hukuku tarafından korunmadığına göre, kabul edilen sistem içinde çocuk düşürtme suçlarının cenine ve anaya karşı işlenmiş suçlar olarak kabulü gerekir. Önder, 174.

a) Ceninin Yaşam Hakkı

Çocuk düşürtme suçları, öncelikle ceninin yaşam hakkını bağımsız bir hukuksal değer olarak korumak amacıyla cezalandırılmışlardır⁴⁰⁷. Gebelik ürünü ceninin gelişmesini sürdürmek ve doğmak hakkı vardır⁴⁰⁸. Cenin döllenenmeden itibaren yeni bir varlık, insan hayatının nüvesi⁴⁰⁹, hak süjesi ve bu kapsamda fizyolojik gelişim hakkının süjesidir. Doğum öncesi yaşam evresinde gebe kadının bedeni ile birlik, ceninin hukuken bir “kişilik” sahibi olmasına engel değildir⁴¹⁰. Döllenmeyi gerçekleştirenler de dahil olmak üzere kimsenin bunu engellemeye hakkı yoktur.

Aslında hukuk düzeni, ileride sağ doğmak kaydıyla cenini korumaktadır. Bu nedenle, ceninin doğmak ve yaşamak hakkını ortadan kaldıran hareketlerin cezalandırılması bu hukuki düzenlemenin doğal ve zorunlu bir sonucudur. Cenin, yaşama umudu taşıyan bir varlıktır, ananın vücudunun bir parçası olup, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek bir hukuki varlık değildir⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Bkz: Dönmezer, 200; Erman/Özek, 187; Krş. Önder, 174; Tezcan/Erdem/Önok,308; Rengier, 82; Erem, 485; Kambur, N., Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara, 1231; Eser, A.,Schönke/Schröder, StGB, München 1991, 1562, k.n. 5; Hakeri, H., Tıp Hukuku, Ankara 2012, 692; Arzt/ Weber / Heinrich/ Hilgendorf, § 5, kn.21, Yazarlar, Alman Hukukunda hakim kanaatin, çocuk düşürme ve düşürtme suçları bakımından korunan hukuki yararın ceninin yaşam hakkı olduğunu kabul ettiğini belirtmektedir. Yasayla, bu hukuki yarara gebe kadının geniş ölçüde müdahale imkanı tanınmış olması sebebiyle rızası olmaksızın gebelik sonlandırmada gebe kadının karar serbestisinin de ikincil hukuki yarar olarak korunduğunu kabul etmek gerekir, demektirler. Bu görüşün hakim kanaat olduğu kabul edildiği Alman Anayasa Mahkemesinin kararlarına dayanılarak (BVerfGE 39,1,42 vd. ve BVerfGE 88, 203, 251 vd.) belirtmektedirler; Wessels/Hettinger, 69, kn.223; Yazar, henüz doğmamış, ana karnında gelişim halindeki yaşam gebe kadının serbest tasarruf yetkisine tabi olmadığından, gebeliğin sona erdirilmesinde kadının rızasının hukuka uygunluk sebebi teşkil etmediği, kanaatindedir. Alman Ceza Kanunu'nda bu suçlara ilişkin reform sonrasında, Kanunun gebe kadının sağlığını da korumayı amaçladığı, ancak bunun bağımsız bir hukuksal değer olarak gözetilmediği görüşündedir.

⁴⁰⁸ Yurtcan, 43.

⁴⁰⁹ Yurtcan, 43.

⁴¹⁰ Erem, 485.

⁴¹¹ İtCK'nun Bakanlık gerekçesinden (Manzini, 2071, not 2) nakleden Erman/Özek, 187; krş. Erem, 485.

Bu düşüncenin doğal sonucu çocuğun doğmasının veya gebeliğin devamının ananın yaşamı ve sağlığı için ciddi bir tehlike teşkil etmesi hali dışında, çocuk düşürtme ve düşürme fiillerinin cezalandırılmasıdır. Çünkü ancak bu durumdadır ki, cenin ananın sağlığı veya yaşamı için bir tehlike teşkil eder ve zaruret halinin bulunması, yani karşılaşan iki yaşam hakkından birinin korunması, fiili hukuka uygun hale getirir⁴¹².

Bu görüş eleştirilmiştir. Cenin henüz hak sahibi olmadığından, korunmasından bahsedilemez. Herhangi bir hakkı olmayan ceninin yaşama hakkından da söz edilemez⁴¹³. Cenin bir “kişi” değildir. Ana vücudunda yaşayan ceninin ayrı bir kişiliği yoktur⁴¹⁴. Mesele bu açıdan ele alındığında, çocuk düşürtme ve düşürme fiillerini cezalandırmanın mantığı olmayacağı öne sürülmüştür⁴¹⁵.

b) Gebe Kadının Yaşamı, Vücut Bütünlüğü ve Sağlığı

Çocuk düşürtme suçunda, kadının hayatı ve vücut bütünlüğünün de korunduğu ileri sürülmüştür. Çocuk düşürtmeye yönelik fiiller, kadının hayatını, vücut bütünlüğünü ve sağlığını tehlikeye koyan fiillerdir⁴¹⁶.

Çocuk düşürtme suçlarında kadının yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığı, kendi kaderini tayin hakkına; bir yandan bu suçun ağırlık derecesine göre suç

⁴¹² Yurtcan, 43; “Gebelik, gebe kadının yazılı rızası ve diplomalı bir başka doktorun uygun mütalaası üzerine diplomalı bir doktor tarafından ve ananın yaşamını veya ağır ve devamlı bir şekilde sağlığını tehdit edip başka suretle kaçınılması imkansız bir tehlikeyi bertaraf etmek maksadıyla sonlandırılmışsa, çocuk düşürme suçu oluşmaz. Gebelik, gebe kadının içinde bulunduğu başkaca ağır bir elem hali sebebiyle sonlandırılmışsa, hakim cezayı serbestçe hafifletebilir (İsvCK, 120/1 ve 3)” nakleden Erman/Özek, 187.

⁴¹³ Manzini 2071,1 nakleden Erman/Özek, 187.

⁴¹⁴ Bu görüşe göre çocuk düşürme “şahıslara karşı işlenen suçlar” arasında yer almalıdır. Bu itibarla suç, “insan hayatına karşı işlenen” suçlardandır. Çocuk düşünmeyi böyle anlayanların başında Carrara gelir. Bu yazara göre, ceninin anadan ayrı bir varlık olup olmadığı değil, canlı olup olmadığı önemlidir. Eğer cenin yaşamıyorsa, suçun konusu yok demektir. Cenin yaşıyorsa ananın vücuduna bağlı olmasının önemi olamaz. Ceninin rahimde bir “bitki hayatı” veya “hayvan hayatı” diye adlandırılan bir hayat sürmesi bir canlı olmadığını ileri sürmeye yeterli değildir. Nakleden, Erem, 484.

⁴¹⁵ Manzini 2071,1 nakleden Erman/Özek, 187.

⁴¹⁶ Erem, 485.

tiplerinin ve ağırlatıcı sebeplerin düzenlenmesinde, diğer taraftan da, gebeliğin sonlandırılmasına yasal olarak izin verilen hallerin gerekçelendirilmesinde dayanılmaktadır. Cenin ve onun gelişmesi ile gebe kadının hayatı ve sağlığı karşılıklı geldiğinde temel alınacak olan, kadının hayatı ve sağlığıdır⁴¹⁷. Kadının hayatını veya sağlığını tehlikeye koyan durumlarda gebeliğe son verilebilecek, aksi halde buna izin verilmeyecektir⁴¹⁸.

Buradaki sağlık sadece bedensel olmayıp, aynı zamanda “ruhsal”dır. Bu itibarla, gebelik ve doğum kadını ruhi bunalım içine koyacak, onu istemediği veya katlanmakta güçlük çekeceği ekonomik ve sosyal bir duruma koyacak ise, çocuk düşürtme ve düşürmenin cezalandırılması kabul edilemez. Gebeliğin ve doğumun anayı böyle bir durumda bırakıp bırakmayacağını takdir edebilecek tek kişinin ananın kendisi olacağı şüphesiz ise de; ananın da belli bir süre zarfında kararı vermesi ve ancak yetkili bir hekim marifetiyle gebeliğini sonlandırması şarttır. Aksine bir hareket korunmak istenen yararı, ananın hayat ve sağlığını tehlikeye koyar. Bu düşüncenin doğal sonucu da, ananın serbest rızasına dayanmayan ya da belirli bir süre geçtikten sonra açıklanan rıza üzerine, yetkili hekim tarafından ve gerekli donanımları bulunan bir kurumda yapılmayan düşürtme fiilinin suç sayılması olmuştur⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Yurtcan, 43.

⁴¹⁸ Yurtcan, 43.

⁴¹⁹ “Durum kendisini bunalıma sokmuş olan gebe kadın bir hekimden gebeliğini sonlandırılmasını talep edebilir. Ancak gebeliğinin sonlandırılması gebeliğin onuncu haftası sona ermeden yapılabilir. Bir gebeliğin rızaen sonlandırılması ancak bir hekim tarafından gerçekleştirilebilir. Bu ameliye ya bir kamu kuruluşunda veya 176. maddede belirtilen hükümlere uygunluğu saptanan özel bir hastanede yapılabilir. (Gebeliğin sonlandırılmasına dair Fransız Kanunu, 17 Ocak 1975, m. L. 162-1 ve m.L. 162-2, Jandidier, Code Penal, Paris 1992, 239)”. “Bedensel ve ruhsal sağlığı veya ekonomik, sosyal, ailevi veya döllemenin gerçekleştiği şartlar ya da ceninin olası anormallikleri veya kötü şekillenmesi itibarıyla gebeliğin devamının, doğumun veya lohusalığın ciddi bir tehlike teşkil edeceğini gebeliğin ilk 90 gününde ileri süren kadın, çocuğun rızaen alınması maksadıyla kanunla ihdas edilmiş kamu danışmanına, bir bölge sosyal sağlık kuruluşuna veya güvendiği bir hekime başvurur.”: Gebelik Kanunu’nda belirtilen şartlara sahip kamu hastanesinin kadın doğum servisinde bir hekim tarafından gebeliği sonlandırılır. (Gebeliğin rızaen sonlandırılmasının sosyal korunması hakkında 22 Mayıs 1978 tarihli İtalyan Kanunu’nun 4 ve 8. maddeleri) Conso, Codice Penale ve Norme Complimentari, 6. Bası, Milano 1992, 483, nakleden Erman/Özek, 188.

Bu görüş de eleştirilmiştir. Kadının hayat ve vücut bütünlüğü yararı, toplum yararı yanında önemsizdir. Hukuki korumanın konusu olan yarar, kadına ilişkin olsaydı, on haftadan fazla gebelikte çocuğunu düşüren kadının fiilinin suç sayılmaması ve ceza verilmemesi gerekirdi denilmiştir⁴²⁰. Kadının kendi vücudu üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği, özellikle ceninin gelecekteki haklarını tehlikeye koyan ve genel ahlaka aykırı bulunan bir konuda böyle bir serbestinin tanınamayacağı ileri sürülmüştür⁴²¹. Özellikle rıza ile çocuk düşürtme ve düşürmenin de suç olmaktan çıkarılması evlilik dışı ilişkilerin büyük ölçüde artmasını kaçınılmaz bir biçimde sonuçlayacaktır⁴²².

c) Üreme Özgürlüğü

Hümanist doktrin açısından konuya yaklaşan Erem, bu suçta soyunu sürdürme özgürlüğünün diğer bir deyişle üreme özgürlüğünün korunduğunu belirtmiştir. İnsanlar üremelerini tamamen doğa kurallarına terk edemez. Doğanın gözünde insan, diğer canlılardan farklı değildir. İnsan, doğa kurallarından ayrılabilmeyle insanlığını kazanmıştır. Bu itibarla, insan soyunu sürdürme özgürlüğüne ya da üreme özgürlüğüne sahiptir. Bu özgürlük, çocuk sahibi olmayı veya olmamayı aynı ölçüde kapsar. Buna göre; çocuk sahibi olup olmama konusunda sadece eşlerin kendileri karar verebilir. Çocuk sahibi olmakta eşlerin iradeleri esas tutulmalıdır. Eşler, sosyal, ekonomik yönden, sağlık açısından çocuk sahibi olmayı veya olmamayı saptayabilecek durumdadırlar. Bu konuları, örneğin “nüfus planlaması” ölçüsüne göre çözmek insanlık açısından ne kadar haksızsa, “ırkın tümlüğü” gibi düşüncelerle değerlendirilmesi de o ölçüde haksızdır. Buradan hareketle yazar, kürtajın yasaklanmamasını, çocuk sahibi olmak isteyenlere olanak sağlanmasını çağdaş devletin görevlerinden sayar. Kürtajın serbest olması yeterli değildir. Bunun ana

⁴²⁰ Erem, 485.

⁴²¹ Manzini, 2671; nakleden Erman/Özek, 188.

⁴²² Erman/Özek, 188.

için tehlikesizce gerçekleştirilmesi, bu amaçla yalnız tıbbi değil, sosyal yardımların da esirgenmemesi gerektiğini belirtir⁴²³.

d) Aile Birliğine Ait Varlık

Aile hayatının ahlaki bir gereğine cevap verdiği için, gebelik mahsulünün korunması, aileye ait bir varlıktır. Bu varlık, çocuk düşürmeyi yasaklamak ve cezalandırmak suretiyle ceza kanunu tarafından korunmaktadır⁴²⁴. Bu anlayışa göre, çocuk düşürme suçu, aile düzenine karşı işlenen suçlardandır. Cenin bir şahıs değildir. Ana vücudunda yaşayan ceninin ayrı bir kişiliği yoktur. Bu itibarla suç, aile düzenine karşıdır. Örneğin, Belçika, Lüksemburg, Şili ve bazı Arap ülkeleri Ceza Kanunlarında, çocuk düşürme ve düşürtme suçları bu görüşten hareketle aile düzeni ve genel ahlak aleyhine işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmiştir⁴²⁵.

Bu görüş eleştirilmiştir: Aile söz konusu olmayan hallerde de çocuk düşürme suçu mevcuttur. Evlilik dışı gebelikte de çocuğun düşürülmesi suçtur. Hatta aile düzenine tamamen aykırı bir gebelik söz konusu olabilir⁴²⁶.

e) Milletın Nüfusa İlişkin Menfaatleri, İrkin Bütünlük ve Devamlılığının Korunması

Bir diğer görüşe göre, çocuk düşürtme ve düşürme fiillerinin cezalandırılmasındaki amaç, milletin nüfusunun büyümesi, ırkın devamlılığının korunmasıdır⁴²⁷. Devlet, beşeri unsuru olan milletin çoğalmasını korumakla

⁴²³ Erem, 476 vd.: Yazar, cinsel zevkin sonucuna katlanmak zorunlu bir çözüm değildir. İstenmeyen "cenini" döl yatağında tutabilecek hiçbir güç yoktur. Çocuk düşürme ve kürtaj sorunu evrensel bir olgu olduğu ve insanlık tarihine kadar uzanan bir boyutunun bulunduğunu belirtmiştir. Bkz. Erem, 478.

⁴²⁴ Toroslu, N., Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, 1970, 340; Katoğlu, 279 vd.; bkz. Erem, 484.

⁴²⁵ Eser/Koch, 105-106.

⁴²⁶ Erem, 484.

⁴²⁷ Çocuk düşürme suçlarında, özellikle ırkın devamına karşı işlenmiş suç vasfının hakim vasıf olduğu kanaatiyle, ırkın tümlüğüne karşı suçlar arasında yer verilmesi eleştirilmiştir. Bir kısım yazarlar ırkın tümlüğüne karşı suçlar anlayışını "faşist ideolojisinin tipik bir ifadesi" sayar. Bkz. Erem, 484.

görevlidir. Bu çoğalmayı kesintiye uğratacak hareketler, kamu yararına zarar verir⁴²⁸. Bu görüşten hareket edildiğinde, ceninin veya ananın yararları değil, milletin, hatta ırkın yararı korunur ve zaruret hali dışında hiçbir düşünce çocuk düşürtme ve düşürme fiilini hukuka uygun hale getiremez. Yine bu görüşün doğal sonucu, anılan suçların “kişilere” karşı işlenmiş birer suç olmaktan çıkarılıp “kamuya” karşı işlenmiş suç sayılması⁴²⁹, yabancı bir kadının yabancı bir erkekten olan çocuğunu düşürtmesinin veya düşürmesinin cezalandırılmaması gerekir⁴³⁰. Bu kapsamdaki bir diğer görüşe göre; çocuk düşürtme ve düşürme suçları ile gebeliğe son verilmesine yasal olanak tanınması devletin **nüfus politikasının korunmasıyla** açıklanmaktadır⁴³¹.

⁴²⁸ “Çocuk düşürtme ve düşürmenin ceninin yaşama ümidini, ananın yaşam ve sağlığını, ailevi ve sosyal ahlak kurallarını zedelediği inkar olunamaz. Bununla beraber, ırkın devamlılığını sağlamak konusundaki milli menfaate verilen zarar, bütün diğer menfaatlerin üstündedir, çünkü bu devamlılık sağlanmadığında milletin ve devletin varlığının temelini teşkil eden insan gücü ortadan kalkmış olur. (1930 İtalyan Ceza Kanunu hakkında krala sunulan rapor, no. 177) Manzini, 5671, not 2’den nakleden Erman/Özek, 188.

⁴²⁹ Nitekim 1930 İtalyan Ceza Kanunu ile bu kanundan esinlenen 3038 sayılı Kanun bu suçları “ırkın tümlüğü ve sağlığı aleyhinde suçlar” başlığını taşıyan bölümde düzenlemişlerdir.

⁴³⁰ Erem, 484: dn. 3a: Eğer çocuk düşürme Türk ırkına karşı bir suç ise, Türkiye’de bu suçu işleyen yabancıların cezalandırılmamaları gerekirdi. Halbuki bu durum 765 sayılı TCK. nun uygulama sistemine (765 sayılı TCK. m3) aykırı olurdu denilmektedir. Çocuk düşürme suçlarını ırkın tümlüğü aleyhine işlenen suç olarak İtCK.nunda düzenlenmesine ilişkin gerekçede: çoğalmanın kaynaklarını yok eden bir hareketin haldeki ve gelecekteki nesillerin yaşamına saldırı sayılması gerektiği, ayrıca “kamu ahlakı”nın da bundan zarar gördüğü fakat bunlar arasında “millet” ve “Devlet” esas unsuru olan ırkın tümlüğü ve devamlılığının bu fiillerle ihlalinin diğer menfaatlerin ihlalden üstün olduğu belirtilmektedir. Nakleden Erem, 485; Bkz. 2668 ve not 4 nakleden Erman/Özek, 188.

⁴³¹ Sancar, 235 vd.,Yazara göre; çocuk düşürme suçlarında korunan hukuksal değer nüfus politikası mı, genel ahlak gibi ne olduğu bilinmeyen, herkese göre değişen bir değer mi, henüz insan biçimini almamış ceninin öncelikle korunması ya da gebe kadının bedensel, ruhsal sağlığı, bedeni üzerinde tasarruf edebilme hakkı mıdır? Sorularına bilimsel ve tatmin edici bir cevap vermenin mümkün olmayacağı, kişilerin çocuk doğurmaya veya doğurmamaya devlet eliyle zorlanmasının temel haklar alanına müdahale teşkil ettiği, tıp adamlarınca belirlenecek süreler içinde çocuğunu dünyaya getirip getirmeme kararının anneye bırakılması gerektiği, kişilerin maddi ve manevi varlıklarını, beden ve ruh sağlıklarını koruma haklarının bulunduğu çocuk sayısı ve doğum zamanı konusunda iradelerinin özgür olması gerektiği, bu konunun ailenin korunması açısından son derece önem taşıdığı, mevcut yasal düzenlemeyle belirli süre içinde istenmeyen gebeliklere son verme hakkının tanındığı, korunan yarar bakımından kadının cinsel dokunulmazlığının, beden ve ruh sağlığının ön plana çıkarıldığı, kanunun bu düzenlemesinin kadın konusundaki genel yaklaşıma ve felsefesine uygun düştüğü öğretide savunularak, kadının isteğiyle on haftayı aşmayan gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin düzenlemenin değiştirilerek sürenin kısaltılması yönündeki eğilimin makul olmayan bir sınırlama

Nüfusun artmasının istenmesi veya istenmemesi alanında kullanılacak bir araç olarak değerlendirilmekte; nüfusun artırılması veya artırılmaması amacıyla bağdaştığı oranda kişilere hak tanınıp tanınmayacağı saptanmaktadır⁴³².

Görüldüğü üzere, çocuk düşürtme ve düşürme suçlarında korunan hukuki yararın belirlenmesi, bu suçların düzenlenmesinde ve ceza kanunundaki yerinin tayininde doğrudan etkilidir. Öncelikle belirtelim ki, ananın sağlığı için ciddi tehlike teşkil eden hallerin dışında çocuk düşürtme ve düşürmeyi yasaklamak hiçbir yerde, ananın sağlığı için zararlı ameliyelerin yapılmasından ve bunlar üzerinde devlet kontrolünün kalkmasından başka sonuç doğurmuş değildir. Gebeliğini sürdürmek istemeyen kadınlar ya bizzat birtakım hareketlerde bulunarak çocuk düşürme fiillerini gerçekleştirmişler ve bu yüzden yaşamını ve sağlığını kaybetmek, ağır ve kalıcı sakatlıklara uğramak tehlikesiyle karşı karşıya kalmışlardır; ya da ehliyetsiz bir takım kişiler ve her türlü sağlık koşullarından uzak koşullarda çocuk aldırma zorunda kalmışlardır. Kısaca, bu fiillerin zaruret hali dışında suç sayılması, bu suçların işlenmesini önleyememiş, caydırıcılık etkisi zayıf olmuştur. Çoğu halde, ananın ölmesi ve otopsi sonucunda çocuk düşürdüğünün anlaşılması halinde failerin belirlenmesi ve cezalandırması mümkün olmuştur. Buna karşın, çocuk düşürtme ve düşürme suçlarının büyük çoğunluğu soruşturma ve kovuşturma dışında kalmıştır. Bu suçlarda siyah sayılar son derece fazladır. Yoksul insanların istemediği ve bakamayacağı çocuğu doğurmasına, zenginin ise çocuğunu serbestçe düşürebilmesine yol açmıştır⁴³³.

teşkil edeceği, pek çok kadının ölümüne ya da sağlığının zarar görmesine yol açacağı, böyle bir değişikliğin kadın hakları açısından kazanımlarını kaybetmek ve çağın gerisine gitmek, kadına karşı şiddete bir yenisinin eklenmesi anlamı taşıdığı belirtilmiştir. Duygusal, fiziksel, toplumsal, ekonomik herhangi bir nedenle kendini gebeliğe, anneliğe hazır hissetmeyen kadının gebeliğine son verme hakkı vardır. İstenmeyen gebeliklerin sürdürülmesine zorlamak kadının ölüm ve sakat kalmasını sonuçlayan gizli ve ilkel yollarla çocuk düşürmeye sevk ederek sayısız saklı bu tür fiillerin işlenmesine yol açacağı, ekonomik açıdan varlıklı insanların güvenli ve tıbbi yolla gebeliğini sonlandırabilmesi, yoksul kadınların ise ölümüne ve sakat kalmasına sebebiyet verilir. İstenmeyen gebeliklerde kürtajın engellenmesi sadece anne sağlığı açısından değil, doğan çocuklar bakımından da birçok olumsuzluk ve daha vahim sonuçlara yol açar.

⁴³² Bkz. Yurtcan, 44.

⁴³³ Erman/Özek, 189.

Öte yandan, bu filleri her şart altında cezalandırmanın gerekli olduğunu kabul edenler dahi buna istisnalar getirmek zorunda kalmışlar; zaruret hali kavramını zorlamak ve genişletmek mecburiyetinde kalmışlardır. Özellikle, ırza geçilmesi sonucu gebe kalan kadının çocuğunun düşürülmesinin zaruret hali oluşturacağını kabul etmişlerdir⁴³⁴. Yine, çocuğunun iyileşmesi kabil olmayacak şekilde gelişim bozukluğunun muhtemel bulunması halinde zaruret halinin bulunduğunu kabul etmenin yerinde olacağı belirtilmiştir⁴³⁵. Oysa ne gebeliğe sebep olan şartlar ne de doğacak çocuğun sağlık durumu ananın yaşamı için bir tehlike oluşturmaktadır. Yine, kadın gebeliği önleyici çarelere başvurmasına rağmen gebe kalmış olabilir. Bu durumda, gebe kadını çocuğunu doğurmaya mecbur etmek, kendisinin, ailesinin, hatta doğacak çocuğun ekonomik çöküntü ve sıkıntılara uğramasına, kadının çalışma hayatını olumsuz etkilemesine, diğer çocuklarının bakım, gözetim ve yetiştirilmesiyle gereği gibi ilgilenmemesine yol açar⁴³⁶. Bu nedenle, sorunu ceninin korunması, milletin veya daha vahimi ırkın devamlılığının sağlanması bakımından değil, öncelikle kadın bakımından ele almak gerekir. Cinsel ilişkiye girip girmemek ve gebe kalıp kalmamak bakımından “özgür” saydığımız ve saymak zorunda olduğumuz kadının “ana” olmayı isteyip istemediği konusunda özgür ve serbest olduğu, ana olmanın kadının şahsına sıkı suretle bağlı, temel bir hakkının olduğu kabul edilmelidir⁴³⁷.

Buradan hareketle, çocuk düşürtme suçlarında korunan yarar kadının ana olmak hakkıdır⁴³⁸. Her hak gibi bu hakkın da kullanılmasında belirli sınırlar mevcuttur ve bu sınırların aşılması durumunda hakkın kullanımından

⁴³⁴ Manzini, 2672, 2.b. Birinci dünya savaşından sonra düşman askerleri tarafından ırzına geçilerek gebe bırakılan ve çocuklarını düşüren kadınların durumu hayli tartışılmıştır. Fransa’da mahkemeler beraat kararı vermiştir. İtalya’da ise genel af yoluna gidilmiştir. Manzini 2672, not 14 ve 15’ten nakleden Erman/Özek, 189.

⁴³⁵ “Gebeliğin devam etmesinin kadının yaşamını ağır bir tehlikeye maruz bıraktığının veya doğacak çocuğun ciddi ve teşhisi anında tedavisi olanaksız bir hastalıkla malul olacağını kuvvetle muhtemel olduğunun iki hekim tarafından muayene ve değerlendirme sonucunda saptanması halinde rıza üzerine gebeliğin her zaman sonlandırılması mümkündür.” (17 Ocak 1975 tarihli Fransız Kanunu m.L. 162-12) nakleden Erman/Özek, 189.

⁴³⁶ Erman/Özek, 189.

⁴³⁷ Erman/Özek, 189-190.

⁴³⁸ Hafizoğulları/Özen,141.

bahsedilemez. Bu nedenle, rızanın belirli sürede açıklanması, rızaya dayanarak gebeliğin sonlandırılması, bu ameliyenin ehil kişilerce ve her türlü sağlık ve uygunluk koşullarına sahip kuruluşlarda gerçekleştirilmesi gerekir⁴³⁹.

2827 Sayılı NPHK ile yapılan değişikliklerle Ceza Kanunumuzun çocuk düşürtme ve düşürme fiillerini suç saymakla korumak istediği yararın, ceninin yaşam hakkı, kadının vücut dokunulmazlığı ve kendi kaderini tayin hakkı bu kapsamda ana olmak hakkı, buna ilişkin irade serbestisi sonucuna varmak gerekir⁴⁴⁰. Gerçekten, gebelik süresi on haftayı aşmayan hallerde kadının rızasıyla çocuğunun düşürtülmesi veya kadının çocuğunu düşürmesi cezalandırılmamalıdır. Ancak bu durumda dahi çocuğu düşürten kişinin rahim tahliyesine yetkili olmaması fiilin cezalandırılması için yeterli sebep sayılmıştır.

f) Değerlendirme ve Görüşümüz

Çocuk düşürtme suçunda korunan hukuksal yararı münferit bir yarara indirgeyen görüşler mevcuttur. Bunun yanında, bu suçla birden çok hukuksal yararın korunduğu da ileri sürülmüştür.

Korunan hukuki yarar bakımından tekçi görüş, ceninin gelişimini sürdürme ve doğma hakkını temel almaktadır. Bu görüş, ceninin yaşamını gebe kadından bağımsız olarak korunmaya değer saymaktadır. Ancak, bu görüşün içine düştüğü güçlük, ceninin ana rahminde gelişim halinde olması ve gebe kadına bağımlı bulunmasıdır. Bu nedendir ki, gebe kadının sağlığının, özellikle üreme hakkının ve ebeveynlerin cenin üzerindeki haklarının da bu suçla korunan hukuksal yararlar kapsamına dahil edilmemesi eleştirilmiştir.

⁴³⁹ Erman/Özek, 190.

⁴⁴⁰ Bkz Arzt/ Weber/ Heinrich/ Hilgendorf § 21, Krş. Maurach/ Schoeder/ Maiwald, 86 vd. Yazarlar suç tipinin modalitesine göre değiştiğini belirtmekle beraber esasen bu suçlarda ceninin yaşam hakkının, kadının sağlığı ve vücut bütünlüğünün ve anne olup olmama konusundaki irade serbestisinin korunduğunu belirtmektedirler. Eisele, J, Strafrecht – Besonderer Teil I, Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit. Stuttgart 2008, 88, 89, 90, kn. 50. Yazar, bu suçla ceninin yaşam hakkının anayasal düzeyde korunan kişiyi sıkı surette bağlı bağımsız bir hukuksal değer olarak öncelikle korunduğunu, kadının kendi kaderini tayin hakkından önce geldiğini, bu suçlarda korunan hukuki yarar kapsamında kadının vücut dokunulmazlığı ve sağlığının korunduğuna ilişkin değişik görüşler bulunmakla beraber yetkisiz kişilerce çocuk düşürme fiilinin işlenmesinde gebe kadının vücut bütünlüğünün ve sağlığının da korunduğunun hakim görüş olduğunu belirtmektedir.

Öte yandan, çocuk düşürtme suçunda ceninin gelecekteki yaşam hakkının yanı sıra, gebe kadının sağlık, üreme, kendi geleceğini belirleme ve diğer hakları ile genel ahlak ve devletin nüfus politikalarına kadar uzanan birçok yararın korunduğu, hukuki yarar içinde değerlendirilmesi gerektiği görüşü mevcuttur. Bu görüş bakımından korunan hukuksal yararlar arasındaki önceliğin belirlenmesi ile aralarındaki ilişki ve dengenin ne şekilde kurulduğunun açıklanması gerekmektedir⁴⁴¹.

Bir diğer görüş, bu suçlarda korunan hukuki değeri, kadının ana olup olmamak hususundaki yararıyla açıklar. Kural olarak bu görüş çocuk düşürtme fiilinin suç sayılarak cezalandırılması gerektiği, fakat kadının rızasıyla tıbbi yolla gebeliğinin sona erdirilmesine izin verilerek suç olmaktan çıkarılması gerektiği kanaatindedir. Bu görüş içerisinde, her hak gibi kadının anne olmak hakkının da bir sınırının bulunması gerektiği, kadının bu hakkını gebeliğin belli bir süresi içinde kullanması gerektiği belirtilerek, NPK'nun pozitif hükümleriyle uyumlu hale getirildiği görülmektedir. Diğer taraftan, suçla korunan hukuki değeri kadının anne olup olmamak konusundaki yararı şeklinde tespit etmekle, aynı zamanda kadının bu konudaki kararını, babanın kararına üstün tutmak anlamını taşımaktadır.

Hukukumuzda 5237 sayılı TCK'nun m. 99/1 hükmünde düzenlenen suç tipinde korunan hukuksal yararların birden ziyade olduğu, ceninin gelişim ve doğma hakkının öncelikle ve bağımsız olarak korunduğu, bunun yanı sıra da gebe kadının sağlığının⁴⁴² ve annelik hakkının da korunduğu görüşü hakimdir.

⁴⁴¹ Bkz. Dönmez, 108 vd; Aslında korunan yararlar bakımından bütün yararların her zaman birlikte olması gerekmez. Bazen annenin yararlarıyla ceninin yararlarının çatışması söz konusu olabilir. Bu nedenle de TCK. m.99, 1 ve 2. fıkralarında ve m.100'de farklı düzenlemeler yapmış ve farklı cezalar tayin etmiştir. Örneğin, TCK. m.99, 1'de hem ceninin yaşam hakkı, hem de annenin vücut bütünlüğü ve sağlığı korunmakta iken, aynı maddenin 2. fıkrasında, korunan hukuksal yarar öncelikle ceninin yaşam hakkıdır. Ayrıca, kanun koyucu rızaya dayalı gebelik sonlandırmayı belirli süre içinde yapılması koşuluyla suç olmaktan çıkarmıştır. Kanun koyucu özel hayata saygı ve bireylerin tercihine öncelik tanıyarak, bu süre zarfında kadını gebeliğini sürdürmeye ve çocuk sahibi olmaya mecbur tutmamıştır. Krş. Dönmezer, (Kişilere), 200.

⁴⁴² Bkz. Rengier, R., 82; BVerfGE 88, 203; Alman Anayasa Mahkemesi, kararında Alman Anayasası'nın devletin henüz doğmamış olsa dahi insan yaşamını koruması gerektiğini, cenine sağlanan hukuki korumanın annesine karşı da geçerli olduğunu belirtmiştir. Bu hukuki koruma, kanun koyucunun, gebeliğin sona erdirilmesini kural olarak yasaklaması ve kadına gebeliğini

Kanunumuz ve bir kısım yabancı ülke mevzuatında belli bir süreye kadar gebeliklerde, gebe kadının rızası ile sonlandırma imkanı tanınmış olduğundan, bu evrede kadının üreme hakkına ve annelik hakkına öncelik tanındığı kabul edilmek gerekir⁴⁴³.

Buna karşın, 5237 s.lı TCK. m. 99/2 hükmünde düzenlenen suç tipi bakımından korunan hukuksal yarar, öncelikle ceninin yaşam hakkıdır. Zira bu suç tipi bakımından cenin, 10 haftalık gelişim süresini tamamlamıştır. Bu aşamadan sonra yasa, gebe kadının gebeliğin sonlandırılması yönündeki irade ve rızasına geçerlilik tanımamış; 10 haftalık süreyi tamamlamış ceninin yaşam hakkına üstünlük tanımıştır.

Şu halde, yürürlükteki mevzuatımız bakımından ceninin ilk 10 hafta içinde yaşama hakkının mutlak olarak korunduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Bu 10 haftalık süre içerisinde gebe kadının kendi geleceğini belirleme hakkının bir yansıması olan anne olup olmamak konusundaki iradesine üstünlük tanınmaktadır. Ancak, 10 haftadan sonraki gebeliklerde ceninin yaşama hakkı, gebe kadının kendi geleceğini belirleme hakkına nazaran üstün tutulmuş ve öncelikle korunmuştur.

sürdürme hukuki yükümlülüğü getirmesiyle mümkün olur. Çocuk düşürme, gebelik boyunca hukuka aykırı olarak görülmeli ve hukuken yasaklanmalıdır. Doğmamış çocuğun yaşam hakkı, belirli, sınırlı bir süre için olsa dahi bir başkasının serbest ve hukuken sınırlandırılmamış bir kararına, annesi dahi olsa, bağlı kılınamaz. Devlet bu koruma yükümünü temin için gerekli önlemleri almalı, bu kapsamda ceza hukuku korumasına da başvurabilmeli ve sağlanan korumanın etkisi doğmamış çocuğun yaşamına serbestçe son verilmesini engellemelidir. Ne var ki kanun koyucu, Anayasal bakımdan ilke olarak gebeliğin erken evresinde gebeliğini sürdürüp sürdürmeme iç çatışması yaşayan kadını gebeliğini sürdürmesi, çocuğunu doğurması için danışmanlık alma ve aydınlanma imkanları sağlamalıdır. Danışma ve aydınlatmaya başvurulduktan sonra herhangi bir indikasyon olmaksızın gebeliğin sona erdirilmesi hukuka uygun sayılmamakla beraber, hukuka aykırı da sayılmamalıdır. (Alman hukukunda bu durum cezalandırılmayan gebeliği sonlandırma olarak adlandırılmakta ve hukuki dayanağını "hukuken tanzim edilmemiş alan" ya da "hukuki serbesti sahası" (Rechtsfreie Raum) kavramından almaktadır. Bu kavram için bkz. Gropp, Walter, Der Strafbare Schwangerschaftsabbruch, Tübingen, 1981, 33 vd.; Alman Hukukunda, çocuk düşürme suçlarının türüne, işleniş şekline ve faile göre suç tiplerinde korunan hukuki yararlar ayrı ayrı tesbit etmektedirler. Bkz. Maurach/Schroeder/ Maiwald, 86 vd.

⁴⁴³ Kiziroğlu Keskin, S., 170 vd.; Hafizoğulları /Özen, 141; Yazarlar, çocuk düşürtme suçlarında "anne olmak hakkının" korunan hukuki değer olduğu kanaatindedir. Cenin sadece bu suçların maddi konusudur.

3. Fail

Çocuk düşürtme suçunun faili yetkili hekim olsun ya da olmasın herkes olabilir⁴⁴⁴. TCK m. 99 hükmünde, “gebe kadının çocuğunu düşürten kişi” terimi kullanılmak suretiyle failin herkes olabileceği belirtilmiştir. Ancak, TCK m.100’de gebe kadının çocuk düşürme fiili ayrı ve bağımsız bir suç tipi olarak düzenlendiğinden, çocuk düşürtme suçları bakımından fail, gebe kadın dışındaki herhangi bir üçüncü kişi şeklinde anlaşılır⁴⁴⁵.

Gerçekten, TCK m. 99 f.1’de tanımlanan suç tipi gebe kadının rızası olmaksızın işlenebileceğinden, suç faili gebe kadın dışında herhangi bir kişidir⁴⁴⁶.

TCK m.99 f.2’ de, tıbbi zorunluluk bulunmaksızın gebe kadının rızasıyla on haftayı geçen gebeliklerde çocuk düşürtme suçu düzenlenmiştir. Burada, çocuk düşürtme fiili gebe kadın dışında üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmektedir. TCK m.99 fıkra f.2 ilk cümlede, çocuk düşürtme fiilini gerçekleştiren faile verilecek ceza tayin edilmiştir; ikinci cümlede ise, bu fiile rıza gösteren kadının cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Ancak bu durumda, çocuğu düşürten failin cezası doğal olarak fiile rıza gösteren gebe kadına verilecek cezaya göre daha ağır olarak belirlenmiştir. Çocuk düşürtme fiiline rıza gösteren gebe kadına verilecek cezayla, TCK. m.100’deki çocuk düşürme suçunun cezasıyla aynıdır. Böylece çocuk düşürme suçu ile kadının rızasıyla çocuğunu düşürtme suçlarının yaptırımları arasında uyum sağlanmıştır⁴⁴⁷.

Bu suçun failinin mutlaka gebeliği yasal olarak sonlandırma yetkisine sahip olması gerekmez. Ancak, bu fiilin gebeliği sonlandırma müdahalesi yapmaya yasal olarak yetkili kılınmış olmayan kişilerce işlenmesi, suçun nitelikli halini oluşturur (TCK m. 99/5).

⁴⁴⁴ Hafizoğulları /Özen, 141.

⁴⁴⁵ Tezcan/Erdem/Önok, 306; Yurtcan, 77; Kambur, 1234; Özbek/Kambur, 580; Dönmez, 109.

⁴⁴⁶ Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Cürümler, İstanbul, 1994, 190.

⁴⁴⁷ Dönmez, 110.

Gerçekten, TCK m.99 f.5, ikinci cümlesi gereğince, failin rahim tahliyesine yetkili kişilerden olmaması hali, suçun nitelikli hali sayılmıştır. Buradan hareketle, 99. maddenin ilk dört fıkrasındaki çocuk düşürtme halleri rahim tahliyesi yetkisine sahip bir kişi tarafından işlenebilen, özgü bir suç niteliği taşıdığı değerlendirilmiştir⁴⁴⁸.

Rahim tahliyesine kimlerin yetkili olduğu 2827 sayılı NPHK 5. maddesine dayanarak Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nca çıkarılan Tüzüğün 5. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarından başka bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde yeterlilik belgesi almış olan pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemi ile rahim tahliyesi yapabilirler⁴⁴⁹. Buna göre, çocuk düşürtme suçunun faili kadın doğum uzmanı ya da yeterlilik belgesi alan pratisyen bir hekim olabilir. Şayet yeterlilik belgesi olan pratisyen hekim, rahim tahliyesini kadın doğum uzmanının kontrolü olmaksızın ve/veya menstrüel regülasyon yöntemi kullanılmaksızın uygularsa, bu takdirde yetkisiz kişi addedilecektir. Bunun bir sonucu olarak da cezasının ağırlaşmış olarak tayini gerekir⁴⁵⁰.

Diğer taraftan, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin sair şartlar bulunsa dahi, rahim tahliyesine yetkili olmayan kişinin çocuk düşürtme fiilini işlemesi halinde bu fiil, çocuk düşürtme suç tipinin nitelikli hali olarak düzenlenmiştir (TCK 99/5). Yetkisiz kişinin çocuk düşürtme fiili bakımından m.99, f.5 son cümlede, maddenin yukarıdaki ilk dört fıkrası hükmüne atıf suretiyle yetkisiz kişinin çocuk düşürtme suçunun nitelikli halleri olarak belirlenmiş ve cezalandırılmıştır.

Kanaatimce, fail kanuni suç tipinin bir unsurudur. TCK m. 99/5 hükmünde ve bu hükümden hareketle TCK m. 99/1 ve 2'de tanımlanan, özgü suç olarak

⁴⁴⁸ Erman/Özek, 191; Hafizoğulları/ Özen, 140; Kiziroğlu Keskin, S., 171.

⁴⁴⁹ Erman/Özek, 192.

⁴⁵⁰ Erman/Özek, 192; Hafizoğulları /Özen, 141; Yazarlar, çocuk düşürtme suçlarında, suçun "yetkili olmayan kişi tarafından" işlenmesi ağırlatıcı sebep sayıldığından, failin genel olarak, tıp mesleğini yapan doğum yaptırmaya yetkili kişiler olduğunu belirtmektedir.

nitelenen çocuk düşürtme suç tiplerinde fail olarak anılan “kimse”nin “yetkili kişiler” şeklinde anlaşılması halinde, bunların kimler olduğunun tayini gerekmele beraber, hükümde belirtilmemiştir. Yine, 2827 s.lı NPHK’un “Gebeliğin sona erdirilmesi” başlığını taşıyan m. 5 hükmünde de yetkili hekimlerin kimler olduğuna ilişkin açıklık yoktur. Maddenin son fıkrası ise, acil müdahale halleri ve sayılan sair hususların tüzükle belirleneceğine ilişkin yetki maddesidir. Ancak, tüzük çıkarma yetkisi veren bu fıkrada, rahim tahliyesine yetkili kişilerin tüzükle belirlenmesi öngörölmüş değildir.

Kaldı ki, kanuni suç tipine dahil bir hususun tüzükle tayin edilmesinin, Anayasamızın 38. maddesinin : “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz...” hükmünde düzenlenen suçta kanunilik ilkesinin ihlalini düşündürmektedir. Yine bu durumun, suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen TCK m. 2’nin “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez...” hükmüyle de bağdaştırılması güçtür.

4. Suçun Maddi Konusu ve Mağdur

Çocuk düşürtme suçunda, hareketin üzerinde tesirlerini icra ettiği maddi konu bir taraftan gebe kadının bedeni, diğer taraftan gebe kadının bedeninde canlı, gelişimini sürdüren gebelik mahsulü cenindir. Öğretide bazı yazarlar, ceninin sadece suçun maddi konusu olduğu kanaatindedir. Bu kanaatin altında yatan neden, ceninin hak öznesi olarak görölmemesi olsa gerektir. Bu itibarla cenine çocuk düşürme suçunun mağduru niteliği tanınmaz.

Çocuk düşürtme suçunda mağdur, gebe kadın ve ana rahmine yerleşmiş⁴⁵¹, canlı ve gelişimini sürdüren gebelik mahsulü, cenindir⁴⁵². Kadının gebe olmaması halinde çocuk düşürtme suçundan söz edilemez. Yine, henüz ana rahmine yerleşmiş olmayan ve fakat döllenmiş yumurtanın rahim duvarına

⁴⁵¹Ana rahmine yerleşme ya da yuvalanma, İngilizce implantation, Almanca Nidation denilen olgu, erkek ve dişi hücrelerinin aşılıdıktan sonra rahme ulaşarak rahim iç duvarına yerleşmesidir. Bunun kural olarak 13. günde tamamlandığı kabul edilmektedir. Bkz. Rengier, 82; Haft, 131.

⁴⁵² Keskin Kiziroğlu, 172.

yerleşmesinin engellenmesi halinde çocuk düşürtme suçunun varlığından söz etmeye ve cenini mağdur olarak nitelendirmeye imkan yoktur⁴⁵³. Burada, gebeliğin ne zaman başladığının tayini gerekir. Günümüz embriyoloji bilgisine göre, döllenmiş yumurta kendi kendini besleyebilmesi kabiliyetine sahip olmayıp, kadının organizmasından beslenmek zorundadır ve aşılınmış yumurta, fallop kanalından üç gün sonunda rahme ulaşır ve en erken yedinci günde rahim duvarına teması sabitlenir. Bu durum, implantasyonun- nidasyonun başlangıcı olup, en erken dokuzuncu gün, en geç onüçüncü günde döllenme tamamlanır⁴⁵⁴.

Ana rahmine yerleşen ceninin canlı ve gelişimini sürdürüyor olması gerekir⁴⁵⁵. Ceninin canlı olması yeterlidir. Ayrıca ana rahmi dışında yaşayabilme kabiliyetine sahip olması bu suçta mağdur sayılması açısından önem taşımaz⁴⁵⁶.

Ana rahmine yerleşen ceninin döllenmesinin doğal ya da yapay yolla gerçekleşmiş olması bu suçun mağduru sayılması bakımından önemsizdir. Cenin yapay yolla döllenmiş ve ana rahmine yerleştirilmiş olsa dahi, bu suçun mağduru sayılır. Fakat henüz ana rahmine yerleşmemiş yapay döllenme mahsulü embriyona karşı işlenen fiil çocuk düşürtme suçunu oluşturmaz⁴⁵⁷.

⁴⁵³ Jaehnke, LK., StGB, § 218, 32, Kn. 2; Arzt/Weber, 142, kn. 362; Wessels /Hettinger, 68, kn. 219; Haft, 131; Yazar, ertesı gün hapı (Morning-After-Pille), spiral, tedbiren ilişki sonrası rahim içinin temizlenmesi halinde henüz birleşen üreme hücrlerinin ana rahmine yerleşmesi gerçekleşmediği ve gebelik başlamadığı için bu suçların sözkonusu olamayacağını kaydetmektedir.

⁴⁵⁴ Haft, 131; Maurach/ Schroeder/ Maiwald, 88, vd.; Wessels/Hettinger,68, kn.220; Yazar, ispat sorunu sebebiyle gebeliğin başlangıcının üreme hücrelerinin birleşmesinden değil, döllenmiş yumurtanın ana rahmine yerleşmesi-Befruchtung-Implantation-Nidation anından itibaren kabul edildiğini ve cenine sağlanan ceza hukuku korumasının bu aşamadan sonra getirildiğini belirtmektedirler.

⁴⁵⁵ Jaehnke, LK., StGB, § 218, 31, kn. 2.; Keskin Kiziroğlu, 172.

⁴⁵⁶ Jaehnke, LK., StGB, § 218, 32, kn. 4.

⁴⁵⁷ Hafizoğulları/ Özen, 139; LK., Jaehnke LK., StGB, § 218, s.32, kn. 3; Arzt/Weber, 142, kn. 361, Alman hukukuna göre, vücut dışında dölenen ve geliştirilen ceninin öldürülmesi, çocuk düşürme ve düşürtme suçunu oluşturmaz.

5237 sayılı TCK. ile 765 sayılı TCK.'nun gebe sanılan kadına karşı çocuk düşürmeye yönelik fiilleri suç olarak düzenleyen hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bu itibarla gebe olmayan bir kadın, çocuk düşürtme suçunun mağduru olarak kabul edilemez. Belki bu hal, gebe olmayan kadına karşı bir başka suçun, sözgelimi kasten yaralama suçunun oluşmasına ve kadının mağduriyetine yol açabilirse de, çocuk düşürtme suçunun mağduru olarak nitelendirilemez.

Her ne kadar, kanunumuz gebe kadın ibaresini değil, kadın terimini kullanmış ise de; sözü geçen kadının gebe kadın olması gerektiği açıktır. Ancak, bu durum taşıyıcı annelikte mağdurun tayini bakımından önemlidir. Taşıyıcı anne mi, döllenmiş yumurta sahibi kadın mı ya da her ikisi mi suç mağdurudur? Kanaatimce, çocuk düşürtme suçunda yumurta sahibi kadının suçtan zarar gören olarak kabulü mümkün ise de, hükümde sözü geçen kadının gebe kadın olarak anlaşılması gerektiğinden, taşıyıcı annenin suçun mağduru olduğu sonucuna ulaşılır⁴⁵⁸.

TCK. m.99, f.2, c.2'de, tıbbi zorunluluk bulunmaksızın on haftadan fazla gebeliklerde kadının rızasıyla çocuğunu düşürten kişinin fiili suç olarak düzenlenmiş; yine buna rıza gösteren kadının fiili de suç sayılarak cezalandırılmıştır. Burada kadın suçun mağduru değil, failidir. Mağdur ise, ana rahminde gelişimini sürdürerek doğma hakkı ihlal edilen cenindir.

II. Maddi Unsur

1. Genel Olarak

Kanunumuz, suçun maddi unsurunu oluşturan fiili, bir kadının çocuğunu düşürtmek şeklinde belirtmiştir.

⁴⁵⁸ Bkz. Erman/Özek, 192; Bkz. Özsunay, 148, Yazar hukukumuzda "taşıyıcı annelik sözleşmesi" Borçlar Kanunu m.20 uyarınca "hukuka aykırı ve geçersiz olduğu" kanaatindedir.

Gerek suçun adlandırılmasında, gerek fiilin tanımlanmasında “çocuk düşürtme” yerine “ceninin öldürülmesi” deyiminin kullanılmasının daha isabetli olacağı ifade edilmiştir⁴⁵⁹.

Suç teşkil eden fiili ifade eden “çocuk düşürtme” teriminin hem hareketi hem de neticeyi belirttiği kuşkusuzdur. Bu itibarla, bu suç netice - zarar suçu olarak nitelenir⁴⁶⁰.

2. Hareket

Çocuk düşürtme suçu serbest hareketle işlenen suçlar kapsamında değerlendirilir⁴⁶¹. Bu suç çocuk düşürtmeye yönelik her türlü hareketle işlenebilir. Suçun işlenmesi bakımından hareket, gebeliği sonlandırabilecek, rahimdeki ceninin canlılığına son verebilecek her türlü harekettir. Kısaca, gebeliği sonlandırmaya elverişli her hangi bir hareketle bu suç işlenebilir.

Gebeliği önlemeye yönelik hareketler bu suç kapsamında değildir. Dölleniş yumurtanın ana rahmine yerleşmesinin önlenmesine yönelik, sözgelimi ertesi gün hapı verilmesi veya rahim içinin temizlenmesi gibi hareketler, henüz gebelik oluşmadığı için bu suç kapsamında ve bu suçun işlenmesine yönelik hareketler olarak değerlendirilemez⁴⁶².

⁴⁵⁹ Erem, 487; ayrıca cenin yerine çocuk teriminin kullanılmasına ilişkin eleştiriler için bkz. Dönmez, 106; düşürtme terimine ilişkin krş. Önder, 183; Arzt/ Weber/ Heinrich / Hilgendorf, § 5, kn.22, Alman Ceza Kanunu metninde 1974 tarihli 5. Ceza Hukuku reformu yasasından önce, gebelik mahsulünün öldürülmesi şeklinde belirti. Alman Anayasa Mahkemesinin kararına göre de; çocuk düşürtme suçu, bir öldürme suçu olarak nitelenmiştir. Gerekenin yasa sistematığına dayandırılması, kuşkusuz zayıftır. Gebelik mahsulünün öldürülmesi nitel olarak insan öldürme suçuyla karşılaştırılmaz. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun kural olarak doğmuş bir yaşamı güvenceye almak için başvuru olan önlemlerle doğmamış yaşamı korumak amacıyla başvuru ceza hukuku vasıtalarının aynı olması yükümünün getirilmediği belirtilmiştir. Nitekim taksirle ceninin öldürülmesi cezalandırılmaz. Tartışmalı olan sorun, doğum öncesi ceninin zarara uğratılmasının müessir fiil olarak cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır.

⁴⁶⁰ Tezcan/Erdem/Önok, 307; Önder, 183; Yurtcan 75; Dönmez, 111; Özbek, V. Ö./ Kanbur, N./ Doğan, K./ Bacaksız, P./ Tepe, İ., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2010,343.

⁴⁶¹ Dönmezer, 216; Tezcan/Erdem/Önok, 307; Yurtcan 75; Keskin Kiziroğlu, 173; Dönmez, 111.

⁴⁶² Arzt/ Weber/ Heinrich/ Hilgendorf § 5, kn 25.

Çocuk düşürtmeye yönelik hareket, doğrudan veya dolaylı, vasıtasız veya vasıta kullanmak suretiyle işlenebilir. Hareketin fiziksel bir müdahale veya biyolojik ya da kimyasal yöntemlerle de gerçekleştirilebilmesi mümkündür⁴⁶³. Hareket, gebe kadına vurmak, çarpmak, sıkıştırmak, ağır bir yüke maruz bırakmak gibi fiziksel saldırı niteliğinde olabilir⁴⁶⁴. Bu fiziksel müdahalenin mutlaka doğrudan ana rahmine yönelik olması gerekmez. Çocuk düşürtmeye yönelik hareket, gebe kadına örneğin düşük ilacı RU-486 gibi kimyasal bir ilacın verilmesi veya söktürücü iğne uygulanması, biyolojik ya da manyetik etki gösteren bir aracın kullanılması şeklinde de işlenebilir⁴⁶⁵.

Bu suçun manevi vasıtalarla işlenmeye elverişli olmadığı belirtildiği gibi⁴⁶⁶; tehdit, bağırma, korkutma gibi hareketlerle sözlü veya manevi yolla işlenebileceği yolunda görüşler de mevcuttur⁴⁶⁷. Ancak, manevi vasıtalarla çocuk düşürtmenin mümkün görülmesinin hukuki güvenlik bakımından tehlikeli olduğu belirtilmiştir⁴⁶⁸. Çünkü korkutmada, failin çocuk düşürmeye yönelik kastının bulunduğu kesin surette iddia edilemez. Halbuki maddi vasıtalar pek çok olayda failin kastını ortaya koymaktadır. Manevi vasıtalarla ve özellikle korkutma sonucu çocuğun düşebileceğini kabul etmeyen tıbbi görüşler de mevcuttur. Bir görüşe göre; “ ruhi bir keyfiyet olan korkunun rahim dahilinde normal duran çocuk üstünde öldürücü bir tesir yapabileceği tıbben malum değildir⁴⁶⁹.

İnsan hayal gücü, çocuk düşürtmek için denenen vasıtalar konusunda sınır tanımamıştır⁴⁷⁰. Yüksek Mahkememiz, suçun işlenmesinde kullanılan

⁴⁶³ Keskin Kızıroğlu, 173.

⁴⁶⁴ Udeh, 276.

⁴⁶⁵ Önder, 175; Dönmez, 113; Keskin Kızıroğlu, 173.

⁴⁶⁶ Önder, 175.

⁴⁶⁷ Hafizoğulları/ Özen, 139; Udeh, 276.

⁴⁶⁸ Bu görüşler için bkz. Erem, 494.

⁴⁶⁹ İstanbul Tıp Fakültesi raporu 2.1.1940, n.9, nakleden Erem, 494.

⁴⁷⁰ Jæhnke, LK., StGB, Vor § 218, 29, kn. 41; Yüksek Mahkememiz, rahme konulan kibrit çöpünün (4. CD. 7.2.1946), kunduracı çirişinin (4. CD. 21.12.1951, 9865/9865), yemek tuzu,

vasıtanın elverişli olup olmadığını hakimın takdir edeceğini, tereddüt halinde bilirkişi görüşüne başvurulacağını belirtmiştir⁴⁷¹.

Ceza Hukukumuzda bu suçlara ilişkin tarihsel gelişime bakıldığında da, 5237 sayılı TCK.'nun mevcut hükümlerinin serbest hareketli suçlar olarak nitelenmesi yerindedir⁴⁷².

Ancak, 5237 sayılı TCK.' nun 99. madde hükmündeki “düşürten” deyimini, sadece neticeyi mi, yoksa aynı zamanda hareketi de belirtmekte midir? Şayet, düşürmek deyimini hem neticeyi, hem de hareketi tayin eden bir anlama sahip olduğu takdirde, bunun icrai bir hareket olarak nitelendirmesi, belki ihmal suretiyle bu suça iştiraki mümkün kılsa da, sırf ihmali hareketle bu suçun işlenemeyeceği sonucuna ulaşılır.

Çocuk düşürme suçları kural olarak icrai hareketle işlenir. Bununla beraber, ihmal suretiyle icra şeklinde de işlenmesi mümkündür⁴⁷³.

soda ve patlıcan sapının çocuk düşürmeye elverişli araç olup olmadığını Adli Tıptan sorulmasına karar vermiştir (4. CD. 13.6.1956, 3328/860); aynı şekilde, cinsi münasebet neticesi 4 aylık çocuğun düşüp düşmeyeceğinin Adli Tıp Meclisinden sorulması gerektiğini belirtmiştir (4. CD. 31.12.1956, 13501/18142), bkz. Önder, 175 vd.; Yurtcan, 75.

⁴⁷¹ Önder, 175.

⁴⁷² Suç, 765 sayılı TCK'nun, yürürlükte olduğu dönemde 1936 değişikliği öncesinde, suç tanımında “ilaç ve vasıta kullanarak” denilmesi nedeniyle, bağlı hareketli suç kategorisinde nitelendirilmiş ve uygulama da bu yönde gelişmiştir. Nitekim bu hal, çocuk düşürme ve düşürme suçlarına ilişkin 765 sayılı TCK.'nun 1936 tarihli değişiklik gerekçelerinden birini oluşturmuştur. Anılan değişiklik gerekçesinde, önceki madde hükümlerinin günün ihtiyacını temin etmekten uzak olduğu; örneğin bu maddelerdeki kayıt ve şartlara göre, çocuk düşürme fiilinin cezalandırılabilmesi için mutlaka alet ve ilaç kullanmak gerektiği; alet ve ilaç kullanmaksızın yapılan düşürmelerin cezalandırılmaktan kurtulduğu; ayrıca bu fiiller için öngörülen cezaların toplumun ihtiyacını korumakta yetersiz kaldığı, bu nedenle yeni İtalyan Ceza Kanunu göz önüne alınarak fasıl hükümlerinin birçok ihtimalleri kapsayan fiiller ve bu fiillerin önemine uygun cezalar konmuştur denilmektedir. Yine, 1936 tarihiyle kabul edilen değişik metnin hazırlanmasında İtalyan kanun koyucunun sistemine bakılarak, çocuk düşürmenin önüne geçilerek ve nesli korumak amacıyla, maddelere uygulamada birçok güçlükler çıkaran gereksiz kayıtlar koymaktan çekinilmiştir. Bu nedenle kanunun birçok ihtimali kapsamasını engelleyen alet ve ilaç sınırlaması, kanunun metninden çıkarılmış ve genel olarak çocuk düşürmenin cezalandırılması düzenlenmiştir. Bu itibarla, madde metninde, gerek ilaçla, gerek aletle ve gerek vurmak, ovmak ve herhangi bir suretle olursa olsun çocuk düşürmek kastıyla yapılan fiil ve hareketlerin cezadan kurtulmamasına dikkat edilmiş, ayrıca gebe sanılan kadın üzerinde bu tür fiillerin işlenmesi de cezalandırılmıştır, denilmektedir.

İhmal suretiyle çocuk düşürtme suçunun işlenebilmesi için failin, neticeyi engellemek yükümü ve imkanı bulunmalıdır. Neticeyi engelleme yükümü olan kişi, bir başkası tarafından çocuk düşürtmeye yönelik hareketlere engel olmak imkanı bulunmasına rağmen, bu hareketlere engel olmamak suretiyle çocuk düşürtme suçunu işleyebilir⁴⁷⁴. Bu ilke, çocuk düşürtmeye yönelik icrai hareketlere ihmal suretiyle iştirak bakımından geçerli olduğu gibi, ihmal suretiyle çocuk düşürtme suçunun işlenmesi bakımından da geçerlidir. Sözelimi, tıbbi bir müdahaleyle gebe kadının çocuğunun düşmesini engelleyebilecek hekimin gerekli müdahaleyi yapmaması, ihmali hareketle çocuk düşürtme olarak nitelenebilir⁴⁷⁵. Doğumu erken gerçekleştirmek veya sezaryen ameliyesi ile çocuğu yaşatabilecekken, bu ameliyeyi yapmayarak çocuğun düşmesine sebebiyet veren hekimin fiili, sırf ihmali hareketle çocuk düşürtmeye örnek olarak verilebilir⁴⁷⁶.

Ancak, beyin ölümü gerçekleşmiş gebe kadının suni yaşam ünitesinin kapatılması suretiyle gebelik mahsulünün ölümüne sebebiyet verilmesinin, çocuk düşürtme suçunda ihmal olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır⁴⁷⁷. Bu konudaki bir görüş, çocuğun yaşama kabiliyeti bulunması halinde, sözelimi sezeryanla doğum gerçekleştirilebilecekse, suni yaşam ünitesinin kapatılmayıp bu ameliyenin yapılması gerektiğini belirtir⁴⁷⁸. Diğer görüş ise, hekimin burada yükümlülüğünden ziyade, beyin ölümü gerçekleşmiş

⁴⁷³ Manzini, VII, n.2677, Nakleden Erem, 496; Alman hukukunda da çocuk düşürtme suçlarının ihmali hareketle işlenebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Fischer, 1496, kn. 7; Laufs A./Uhlenbruck W./Ulsenheimer, K., Arztrecht, 2. Auf. München 1999, 185, kn.18; Jaehnke, LK, StGB, § 218, 33 vd., kn. 16-26; Antolisei'den naklen Hafizoğulları/Özen, 139 vd; Alman Hukukunda bu konuya ilişkin geniş açıklama için bkz. Arzt/ Weber/ Heinrich/ Hilgendorf § 5, kn.33.

⁴⁷⁴ Jaehnke, LK, StGB, § 218, 37, kn.14, 15, 17.

⁴⁷⁵ Jaehnke, LK, StGB, § 218, 37, kn.14, 15, 17; Eser./Koch, 209.

⁴⁷⁶ Jaehnke, LK, StGB, § 218, 40, kn. 22.

⁴⁷⁷ Hakeri, 698.

⁴⁷⁸ Arzt/ Weber/ Heinrich/ Hilgendorf § 5, kn 27, Hakeri, H., Tıp Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s.344.

kadını hayatta tutma hakkından söz etmenin yerinde olacağı kanaatindedir⁴⁷⁹. Ana rahmindeki ceninin gelişimini sürdürebilmesi, rahim dışında yaşayabilecek duruma gelebilmesi olanağı bulunuyorsa, bunun gerçekleşebilmesi için suni yaşam ünitesinin kapatılmaması gerektiği belirtilmiştir⁴⁸⁰. Buna karşılık, çocuğun yaşama şansı bulunmuyorsa, sırf ölümünü geciktirmek amacıyla anneyi yaşatmak kabul edilemez⁴⁸¹. Burada, suni yaşam ünitesinin kapatılmasının icrai mi, yoksa ihmali mi olduğu da tartışmalıdır. Çocuk düşürtme suçuyla korunan hukuki yararın ceninin yaşam hakkı olduğu; bu suçun teşekkülü bakımından ceninin yaşama kabiliyetinin veya gebe kadının yaşıyor olmasının gerekmediği belirtilerek çocuk düşürtme suçunun yasal unsurlarının gerçekleşeceği belirtilmiştir⁴⁸². Hukukumuzda bu görüş, Hakeri tarafından da savunulmuştur⁴⁸³.

Beyin ölümü gerçekleşmiş kadının yaşam ünitesinin kapatılması olayında, çocuk düşürtme suçunun oluşup oluşmayacağı bakımından tartışılan bir diğer husus, gebe kadının ceninin kurtarılıp kurtarılmayacağına ilişkin önceden açıkladığı veya muhtemel rızasının hekimi ne ölçüde bağladığıdır. Bu konuda bir görüş rızanın hekimi bağladığını savunurken, diğer bir görüş ise gebe kadının cenin üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığından rızanın önem taşımadığını ileri sürmüştür⁴⁸⁴. Öte yandan, gebe kadının yaşaması halinde ceninin kurtarılmasına yönelik zorlayıcı tıbbi müdahalelere tabi tutulamaz ise de, beyin ölümü gerçekleşmiş kadının yaşam fonksiyonlarının devam ettirilmesindeki yararı ile hayattaki kişinin zorla tıbbi müdahaleye tabi tutulmama yararı aynı ağırlıkta değildir. Dolayısıyla, gebe kadın ölümünden önce çocuğun kurtarılmaması yönünde irade açıklamasında bulunmuş olsa dahi, buna itibar edilemez⁴⁸⁵.

⁴⁷⁹ Arzt/ Weber/ Heinrich/ Hilgendorf § 5, kn 27, Hakeri, Ankara 2013, 344.

⁴⁸⁰ Arzt/ Weber/ Heinrich/ Hilgendorf § 5, kn 27, Hakeri, Ankara 2013, 344.

⁴⁸¹ Fisher, § 218, 1496, kn. 7; Hakeri, 698.

⁴⁸² Beckmann, 123, 124; nakleden Hakeri, 699.

⁴⁸³ Hakeri, 698.

⁴⁸⁴ Nakleden Hakeri, 698.

⁴⁸⁵ Hakeri, 698.

Hekimin ihmali hareketle çocuk düşürtme suçunu işlediğinden söz edebilmek için üzerinde durulan diğer bir husus, ceninin kurtarılmasına yönelik, hekimin müdahalesi için gebe kadının rızasının alınması gereğidir. Hekim, gebe kadının rızası olmadığı takdirde çocuğu kurtarmak için müdahalede bulunamaz. Ancak hekim, rızaya dayanarak başladığı tıbbi müdahaleyi yarıda bırakmak kadın veya cenin bakımından tehlike taşıyorsa, kadın talep etse dahi sürdürebilir⁴⁸⁶.

Babanın yükümlülüğünün ne zaman başlayacağı ele alınmalıdır. Bu açıdan önem arz eden husus, baba açısından gebelik aşamasında neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ve yükümlülüğün ne zaman başlayacağıdır. Babanın garantörlüğünün en erken doğumun tamamlanmasıyla başladığı (bkz. TMK m.28) hükmüne dayanılarak belirtilmiştir. Çünkü bu andan itibaren çocuğun annenin vücudundan ayrıldığı ve babanın doğrudan sorumluluk aldığı; bu nedenle, babanın kürtajı önlemeye yönelik bir yükümlülüğü bulunmadığı ileri sürülmüştür⁴⁸⁷.

Ancak uygulama aksi görüşü savunmaktadır: Babanın embriyoyu döllemesi sebebiyle, cenin ile baba arasında doğal ve akrabalık benzeri bir ilişki kurulmuştur. Bu bağlılıktan babanın cenine yönelik tehlikeleri önleme yükümlülüğü doğmaktadır⁴⁸⁸. Özellikle 2827 sayılı NPHK'nun 6. maddesi gereğince gebeliğin sona erdirilmesinde eşin de rızasının aranması karşısında, babanın da çocuk düşürtme suçunda önlemeye yönelik yükümlülüğünün

⁴⁸⁶ Hakeri, 698 vd.

⁴⁸⁷ Hakeri, H., Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, 131.

⁴⁸⁸ BGH, Dallinger, MBR 1973, 369; Kararda bu gerekçeyle babanın eşinin kürtaja yönelik hareketlerini önlememesi, dolayısıyla çocuk düşürmeye ihmal suretiyle yardımla cezalandırılmasına karar verilmiştir. Aynı yönde Rudolphi, babanın annenin hukuka aykırı kürtajını önlemekle yükümlü olduğunu savunmaktadır, SK, §13, kn. 47. Nakleden, Hakeri, ihmal, 131, dn.218; Jescheck, H.H./Weigend, T., Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 1996, 622, RG DStr 1936, 179; BGH Dallinger MDR 1973, 369.

bulduğunu kabul etmek gerektiği belirtilmiştir⁴⁸⁹. Babanın evlilik dışı çocuğu karşısındaki garantörlüğü ise tartışmalıdır⁴⁹⁰.

NPHK m. 6/2, yasal gebelik sonlandırma için kadın evli ise eşin de rızasının gerektiğini belirtmiştir. Ancak, kadının yasal süresi içinde ve rızasıyla tıbbi yolla gebeliğini sona erdirmesi suç tipine uygun olmadığı ve suç teşkil etmediğinden; kocanın ihmal suretiyle bu suçu işlediğinden bahsedilemez.

Kanaatimce, çocuk düşürtme suçlarının yasal düzenlemesinde, yalnızca kadının rızasının bulunması ya da bulunmaması, tipiklikte unsur olarak düzenlenmiştir. Kadının rızasıyla on haftayı aşmayan gebeliklerin yetkili hekim tarafından sona erdirilmesi halinde, fiil tipe uygun olmadığı için suç teşkil etmeyecektir. Bu olasılıkta, babanın engelleme yükümüne aykırı davranarak ihmal suretiyle çocuk düşürtme suçunu işlediğinden söz edilemez. Buna karşılık, kadının rızası olmaksızın ya da rızası olsa dahi fiilin suç sayıldığı hallerde babanın engelleme yükümüne aykırı davranarak ihmal suretiyle bu suça iştirakinden bahsedilebilirse de, salt engelleme yükümünün bulunması değil, engelleme imkanına da sahip olmalıdır ki, babanın ihmal suretiyle bu suçu işlediği ya da iştirak ettiğinden bahsedilebilsin.

Çocuk düşürtme suçunun, birlikte faillik ve dolaylı faillik şeklinde de işlenebilmesi mümkündür⁴⁹¹.

3) Netice

Kanunumuz suçu “çocuk düşürtmek” şeklinde adlandırmış ve maddi unsurunu “gebe kadının çocuğunu düşürten” şeklinde belirtmiştir. Şu halde çocuk düşürtmek bu suçun netice unsurunu oluşturur.

Çocuk düşürtmekten amaç, ana rahminde gelişimini sürdüren ceninin gelişimine son verilmesi, yaşam bağının koparılarak “öldürülmesi”dir. Çocuk düşürtmeye yönelik hareketle ana rahmindeki ceninin gelişiminin son bulması,

⁴⁸⁹ Hakeri, 131.

⁴⁹⁰ Hakeri, İhmal, 132.

⁴⁹¹ Jaehnke, LK. StGB, 42, kn.25; SS/Eser 1991, 1576, kn. 13, 14.

canlılığını kaybetmesi ile bu suçun netice unsuru gerçekleşir ve suç tamamlanır. Neticenin gerçekleştiği ve suçun tamamlandığının kabulü için ana rahminde gelişimi son bulmuş, canlılığını kaybetmiş ceninin mutlaka rahim dışına atılmış olması gerekmez⁴⁹².

Çocuk düşürtme suçu ceninin ölmesiyle tamamlandığı için⁴⁹³, suçun tamamlandığı yer ve zaman buna göre belirlenir. Suç, çocuk düşürtmeye yönelik hareketlerin işlendiği veya ceninin ana rahminden ihraç edildiği anda değil, ceninin öldüğü anda tamamlanmıştır. Genellikle hareketin icrası, ceninin ölmesi ve ana rahminden ihracı birbirini izleyen kısa aralıklarla gerçekleşirse de, ana rahminde ölmüş ceninin çok daha sonra rahim dışına ihracı gerçekleşebilmekte, hatta ana rahminde ölmüş ceninin, kadının da ölmesi gibi hallerde rahim dışına ihraç edilmemesi olasılığı da bulunmaktadır⁴⁹⁴.

Diğer taraftan, çocuk düşürtmeye yönelik hareket sonucu cenin canlı olarak rahim dışına atılmış ve fakat gelişimini tamamlayamadığı ve yaşamını sürdürebilmesi için yeterli gelişime sahip olmadığı için ölmüşse, suç çocuk düşürtmedir. Burada ölüm sebebi, ceninin düşürtmeye yönelik hareket sonucu rahimden erken ayrılmış olmasıdır. Rahim dışına ihraç edilen çocuğun bir süre yaşaması, suçun niteliğini değiştirmez. Ancak, canlı olarak düşmüş olan cenin başka bir sebeple ölmüş ise, suç tipinin neticesi gerçekleşmemiştir.

Zarar suçu olması sebebiyle çocuk düşürtme suçlarına teşebbüs mümkündür. Yine, çocuk düşürtmeye yönelik hareket sonucunda cenin ana rahminden olağan gelişimini tamamlayamadan ayrılmış, fakat yaşama tutunarak hayatini sürdürmüşse çocuk düşürtme suçu tamamlanmamıştır⁴⁹⁵. Bu ve benzeri haller çocuk düşürtmeye teşebbüs kapsamında değerlendirilecektir⁴⁹⁶.

⁴⁹² Erem, 488; Erman/Özek, 197; Tezcan/Erdem/Önok, 308; Keskin Kiziroğlu, 174; Dönmez, 112; Arzt/Weber, 141, kn. 361.

⁴⁹³ Arzt/Weber, 142, kn. 363; Hafizoğulları/ Özen, 140.

⁴⁹⁴ Erem, 496.

⁴⁹⁵ Nakleden, Erem, 486.

⁴⁹⁶ Arzt/Weber, 142, kn. 363; Hafizoğulları/ Özen, 140.

Çocuk düşürtme suçunu “ceninin öldürülmesi” şeklinde kabul eden bu görüşe karşı, ceninin zamanından evvel zorla dışarı atılmasını suçun tamamlanması bakımından yeterli sayan bir başka görüş daha bulunmaktadır. Bu görüşe göre, suçun maddi unsuru zamanından evvel ceninin dışarı atılmasıyla tamamlanır. Olayların çoğunda amaç ceninin öldürülmesi ise de, suçun tamamlanması için, failin müdahalesi sonucu gebeliğin olağan seyrinin inkıtaya uğratılarak, ceninin zamanından evvel rahimden ihracına sebebiyet vermek suretiyle normal ve olağan doğumuna engel olmak yeterli sayılmalıdır. Suç bu şekilde anlaşıldığında, ceninin durumu ve yaşama kabiliyeti hakkında ispat zorlukları aşılmış olur. Çünkü çoğu halde, bunun ispatı güç hatta olanaksızdır. Halbuki bu görüş kabul edildiğinde, gebeliğin normal seyrine zorla son veren hareketin ispatı yeterlidir⁴⁹⁷.

Bu iki görüş arasındaki fark, çocuğun düştüğü fakat ölmediği hallerde kendini gösterir. Eğer suçun ceninin ölmesi ile tamamlanacağı kabul edilirse, fiili teşebbüs aşamasında kabul etmek gerekecektir. Buna karşın suç, gebeliğin olağan seyrine zorla engel olmak şeklinde anlaşılırsa tamamlanmış sayılacaktır. Çocuk düşürtmeye yönelik hareket neticesinde gebeliğe son verilerek çocuğun düşmesine sebebiyet verilmişse, yaşasa bile zamanından evvel doğmuş olmak çocuğun ilerideki fiziksel ve ruhsal hayatı bakımından bazen ağır etkiler doğurur. Bu neticelerin ağırlığına göre, teşebbüs halinde kalan suça verilecek cezanın yetersizliği kabul edilirse ikinci görüş; aksi takdirde birinci görüş doyurucu sayılır⁴⁹⁸.

Kanaatimce, çocuk düşürtme suçunda netice ceninin ölümüdür; ceninin ölümüyle suç tamamlanır. Bu itibarla ceninin rahim içinde ya da dışında ölmüş olmasının önemi yoktur. Çocuk düşürtme suçunda failin tamamlanması için, gebelik mahsulü anlamında ana rahminde gelişimini sürdüren ceninin yaşamına son verilmesi gerekir. Ceninin yaşamına son verilmesi, ana rahminde gerçekleşebileceği gibi, ana rahminden ihraç edildikten sonra da gerçekleşebilir ve bu netice gerçekleştiği anda suç tamamlanır.

⁴⁹⁷ Nakleden; Erem, 487.

⁴⁹⁸ Erem, 488.

Elbette gebeliğin mevcut olmadığı ya da gebelik mahsulünün failin hareketinden önce canlılığını kaybettiği hallerde, suç konusuzdur ve bu hallerde suçun işlenemez olduğunu kabul etmek gerekir.

4. Nedensellik Bağı

Kanunumuz, çocuk düşürtme suçlarını bir netice, zarar suçu olarak düzenlemiştir. Bu itibarla, failin çocuk düşürtmeye yönelik hareketi ile gebelik mahsulünün gelişimine son verilip canlılığını kaybetmesi, yaşama bağına koparılması neticesi arasında sebep- sonuç ilişkisinin kurulması, diğer deyişle hareket ile çocuğun düşmesi neticesi arasında nedensellik bağına varlığı şarttır⁴⁹⁹.

Failin hareketinin diğer sebeplerle birlikte etki ederek (Mitursachlichkeit) çocuk düşürtme suçuna sebebiyet vermesi, nedensellik bağına kurulabilmesi için yeterlidir⁵⁰⁰. Nedensellik bağına tespitinde eylemin seyrindeki her tür ayrıntının aydınlatılmasına ihtiyaç duyulmaz⁵⁰¹.

Failin hareketinin herhangi bir şekilde ceninin düşme zamanı ve şartları üzerinde etkili olarak bu neticeye yol açması halinde, nedensellik bağı kurulur. Ceninin ölümü, failin çocuk düşürmeye yönelik hareketi ile başlattığı ve öngördüğü nedensellik serisinde meydana gelen saptmaya rağmen gerçekleşmişse bile, bu durum nedensellik bağına kesilmesi olarak nitelenemez. Sözelimi, ceninin ölümü failin hareketinin yarattığı etki ile başlayan düşük sırasında göbek kordonunun boynuna dolanması sebebiyle gerçekleşmiş ve fail her ne kadar neticenin bu şekilde gerçekleşeceğini öngörmese dahi, nedensellik bağı mevcuttur⁵⁰². Failin çocuk düşürtmeye yönelik hareketi kadının ölümüne yol açması sebebiyle cenin yaşamını kaybetmişse, nedensellik bağı failin öngörmüş olduğundan farklı biçimde gelişmiştir. Bu

⁴⁹⁹ Jaehnke, LK StGB , § 218, 33, kn. 7.

⁵⁰⁰ Öztürk, B./Erdem, M. R. Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Bası, Ankara 2013, 195, kn.320 vd. ; Jaehnke, LK StGB, § 218, 34, kn. 7.

⁵⁰¹ Jaehnke, LK StGB , § 218, 34, kn. 7.

⁵⁰² Jaehnke, LK StGB, § 218, 34, kn. 7.

itibarla, hareket ile çocuk düşürtme neticesi arasında nedensellik bağı bulunmaktadır⁵⁰³.

Yine, failin müdahalesi ile başlayan nedensellik serisinin gelişiminde, ceninin gelişen kan zehirlenmesi sonucu ölmesi veya gebe kadını kurtarmak için yapılan tıbbi müdahale sonucunda ceninin ölmesi hallerinde nedensellik bağı kesilmiş değildir⁵⁰⁴.

Buna karşın, çocuk düşürtmeye yönelik hareket sonucu yaşama kabiliyeti tam ve sağ bir çocuk dünyaya gelmişse, çocuk düşürtmeye yönelik fiil teşebbüs aşamasında kalmış, hareket neticesiz kalmıştır. Burada, yeni doğan için olağan bir doğum ve sonrası bakım yeterlidir, yaşamını korumak için özel bir tıbbi bakım ve gözetime ihtiyaç duyulmamaktadır. Bu itibarla, yaşama kabiliyetine tam olarak sahip biçimde doğmuştur⁵⁰⁵.

Fail, gebe olduğunu bildiği kadına karşı kasten insan öldürme veya kasten yaralama ya da taksirle yaralama suçlarını işlemiş olabilir ve failin icra ettiği hareketler sebebiyle gebe kadının çocuğunu düşmesi neticesi gerçekleşebilir. Bu olasılıklarda failin ayrıca çocuk düşürme suçundan sorumluluğuna gidilemez. TCK, kasten insan öldürme suçunun “gebe olduğu bilinen kadına karşı” işlenmesini suçun nitelikli hali; kasten veya taksirle yaralama suçlarında “gebe kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden evvel doğumuna” neden olunması (TCK. m.87/ f.1,e) veya “gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine” neden olunmasını netice sebebiyle ağırlaştırılmış halleri olarak düzenlemiştir. Her ne kadar, bu suçların nitelikli halleri için farklı terimler kullanılmış ise de, faillerinin ayrıca çocuk düşürtmek suçundan sorumluluğuna gidilemez. Çünkü kasten insan öldürme; kasten veya taksirle yaralama suçlarında, gebe kadının çocuğunun düşmesi suçun ağırlaştırılmış hali olarak düzenlenmiştir ve suçların içtimaı kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Doğal olarak, anılan suçların nitelikli hallerinin gerçekleşebildiğinden

⁵⁰³ Wessels/Hettinger, 66, kn. 209 ve 70, kn. 227, 228.

⁵⁰⁴ Jaehnke, LK StGB, § 218, 34, kn. 7.

⁵⁰⁵ Jaehnke, LK StGB, § 218, 34, kn. 7.

bahsedebilmek için, failin hareketi ile kadının çocuğunun düşmesi arasında nedensellik bağının bulunması gerekir.

III. Hukuka Aykırılık Unsuru

1. Genel Olarak

Çocuk düşürtme suçunun teşekkülü için fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması durumunda çocuk düşürtme suçu oluşmaz.

2. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Çocuk düşürtme suçları bakımından ilgilinin rızası ve zorunluluk durumu hukuka uygunluk sebepleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla, hukuka uygunluk sebepleri olan rıza ve zorunluluk hallerinin çocuk düşürtme suçları açısından incelenmesi gerekmektedir.

Hukukumuzda, tıbbi müdahale suretiyle gebeliğe son verilmesine NPK ve ilgili mevzuat hükümlerinde bazı şartlarla izin verilmiştir. Bunlar; süre esasına ve rızaya dayanan gebeliğe son verme halleri ile tıbbi zorunluluk sebeplerine dayanan olağan ve acil tıbbi müdahaleyle gebeliğe son verme halleridir. Belirtilen bu hallerde, gebeliğe son vermeye yetkili hekim tarafından tıbbi müdahaleyle yapılacaktır.

Gebeliğe son verme kadının vücut bütünlüğüne tıbbi bir müdahaledir. Bu nedenle öncelikle Anayasa'mızın 17. maddesinin "... (2) Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz." hükmünün ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinin; "hekimler... yapacakları her nevi ameliye için hastanın, küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinin rızasını alırlar" hükmünün göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Yine, Medeni Kanunumuzun kişiliğin korunmasına, bu kapsamda vazgeçme, aşırı sınırlama ve saldırıya karşı korunmasına ilişkin 23. ve 24. maddeleri hükümlerinin, özellikle de MK m. 24/2'nin: "Kişilik hakkı zedelenen

kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.” hükmü nazara alınmalıdır.

TCK genel hükümlerde düzenlenen ilgilinin rızası ve zorunluluk hali de bu suçlar bakımından da geçerlidir.

Ayrıca, gebe kadının rızası bulunmaksızın çocuğunun düşürtülmesi ile tıbbi zorunluluk bulunmaksızın rızasıyla olsa dahi kadının çocuğunun düşürtülmesi suçun değişik tipleri olarak düzenlenmiştir. Kanun, bu suçların haksızlık tiplerinin olumsuz unsurları olarak rızanın bulunmaması ve tıbbi zorunluluk sebeplerinin bulunmaması ve rızaya tanımlarda yer vermiştir. Suç tiplerindeki olumsuz unsurların karşıt kavramı rızanın bulunması, tıbbi zorunluluk hallerinin bulunması NPK ve ilgili mevzuattaki yasal olarak gebeliğe tıbbi müdahaleyle son verilmesine izin veren hükümlere gönderme yapılması olarak birlikte değerlendirilmelidir.

Bu itibarla, TCK genel hükümleri arasında düzenlenen ilgilinin rızası ve zorunluluk halinin, suç tipine ilişkin hükümlerin; öncelikle de NPK hükümlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

a) İlgilinin Rızası

aa) Genel Olarak

Kişinin rızasıyla işlenen fiil, haksızlık oluşturmaz - volenti non fit iniuria - kuralı⁵⁰⁶, “İlgilinin rızası” başlığını taşıyan TCK m. 26/2’de: “Kişinin, üzerinde mutlak olarak tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” hükmüyle genel olarak hukuka uygunluk sebebi teşkil eden rıza düzenlenmiştir.

Rıza kişinin kendisine karşı işlenen fiile olurunun veya onamının bulunmasıdır. Hukuki nitelik ve işlevi hakkında çeşitli görüşler bulunmakla

⁵⁰⁶ Kişinin rızasıyla işlenen fiil haksızlık oluşturmaz kuralı, Romalı hukukçu Ulpian’ın (MS.170-280) Digesta’daki (D.47.10.1,5) “Nulla iniuria est, quae volenti non fiat” sözüne dayanmaktadır.

beraber, hukukun kendisine sonuç bağladığı irade beyanı olarak rıza, hukuki işlem sayılmıştır⁵⁰⁷.

Kişinin rızasının kendine karşı işlenen fiile hukuka uygunluk sağlaması hukuki yarardan vazgeçme temeline dayandırılır. Rızasıyla kişinin hukuki yararından vazgeçmesi nedeniyle, ceza hukukunca korunması gereken hukuki bir yarar yoktur; hukuken korunan yararın yokluğu nedeniyle fiil hukuka aykırı olarak nitelenmez. Rızanın hukuka uygunluk sebebi sayılmasının esası, kişinin kendi tercihine göre üstün saydığı değeri yaşama geçirmesi yetkisinin hukuken tanınmasıyla da açıklanmaktadır⁵⁰⁸.

Ceza kanunumuz ilgilinin rızasını genel bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlemiştir. Ancak, ceza kanunlarındaki birçok suçta, fiilin kişinin rızasıyla ya da rızası hilafına işlenmesi suç tipinin tanımında yer almaktadır⁵⁰⁹. Buradan hareketle tipikliği kaldıran rıza⁵¹⁰, hukuka uygunluk sebebi rıza⁵¹¹ ayırımına gidilmektedir.

⁵⁰⁷ Demirbaş, T., Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, 303 vd.; Öztürk/Erdem, 237, kn.412; Önder, 1992, 210 vd.; İçel, K./Akıncı, F.S./Özgenç, İ./Sözüer, A. / Mahmutoğlu, F.S./Ünver, Y., Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. Bası, İstanbul 2000, s. 180, 181; Yazarlar, hukuksal korumadan vazgeçme teorisini değil, toplumsal değer teorisini benimsemektedirler. Buna göre hukuk düzeni bireylerin sahip olduğu hakları değerlendirme yetkisini belirli sınırlar içinde tanımak durumundadır. Böylece, birey özgürlüğü hukuk devletinde kabul edilmesi gereken toplumsal bir değer oluşturur. Bireyin sahip olduğu haklara zarar verilmesine rıza göstermesi, kişisel özgürlüğün bir gerçekleşme biçimi olmaktadır. Bunun sonucu, rıza ancak bireysel haklarda geçerli olabilir. Gerçi bir irade beyanı olması ve hukuksal neticeler doğurması dolayısıyla rıza, bir hukuksal işlemdir. Özgenç, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s.311; Rızanın suç tanımında yokluğunun arandığı hallerde suçun maddi unsuru bağlamında değerlendirilmesi gereken olumsuz unsur oluşturduğu kanaatindedir. Bu itibarla, suçun olumsuz unsurları teorisinin uygulama alanına gireceğini belirtmektedir.

⁵⁰⁸ Noll, P., Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im Besondern die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955, 59.

⁵⁰⁹TCK m. 90/2 (rızaya dayalı), TCK m.90/4 (rızası olmaksızın), TCK m.91 (hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın), TCK 99 (rızası olmaksızın), TCK m.101 (rızası olmaksızın), TCK m.101 (rızası olmaksızın), TCK m.116/1 (rızasına aykırı olarak), TCK m. 132/3 (diğer tarafın rızası olmaksızın), TCK m.133/1 (Taraflardan herhangi birisinin rızası olmaksızın), TCK m.141/1 (zilyedinin rızası olmadan), TCK m.163/2 (sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan), TCK m. 245/1 (rızası olmaksızın).

⁵¹⁰ Geerds, F., Einwilligung und Einverstaendnis des Verletzten, Kiel 1953, (yayınlanmamış doktora tezi) 98 vd.; Yazar, suç genel teorisi içerisinde, mağdurun rızasının iki farklı işlev gördüğünü, ilkinin hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiğini (Einwilligung des Verletzten als

İlgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni oluşturabilmesi için: a) mağdurun üzerinde geçerli bir biçimde tasarruf edebileceği hakkının bulunması, b) kişinin yetkili olması c) rızanın açıklanması d) işlenen fiilin rızaya dayanması koşullarının bulunması gerekir

bb) Çocuk Düşürtme Suçlarında Rıza

TCK m.99/1 hükmünde “rızası olmaksızın” denilerek çocuk düşürme suçunda tipikliğin olumsuz bir unsuru belirtilmiştir⁵¹². Tipiklikteki bu unsurun, tipik haksızlığı kaldıran sebep olarak veya fiilin tipe uygunluğunu kaldıran sebep olarak ya da suç tipindeki özel hukuka uygunluk sebebi olarak nitelenmesi mümkündür. Bu nitelemeye bağlanacak sonuçlar değişecektir. Diğer taraftan, tipiklikteki rızanın yokluğunun zıt kavramıyla hukuka uygunluk sebebi olan rızaya örtülü bir atfın yapıldığını düşünmek mümkündür. Kanun koyucunun fiilin haksızlık unsurunu suç tanımında başka türlü yansıtmasının mümkün olmadığından bahisle, bu unsura tipiklikte yer verildiği de ileri sürülebilir. Yine, kanun koyucunun, hükmün uygulanacağı somut olayın özelliğine göre rızanın çifte işlev görmesini; bazı hallerde fiilin tipe uygunluğunu kaldıran sebep olarak, bazı hallerde de hukuka uygunluk sebebi olarak gözönünde bulundurulmasını amaçladığı savunulabilir. Hukukumuzda suç tipinde yer alan rızanın işlevine ilişkin hakim görüş, hukuka uygunluk sebebi olduğu yönündedir. Bu konu, Alman Anayasa Mahkemesi’nce, Alman Ceza Kanunu’nda süreye bağlı çözüme ilişkin hükümlerin iptali kararında tartışılmıştır. Ceninin yaşamının Anayasal düzeyde korunan hukuksal bir değer olduğunu, kanun koyucunun kadının belli bir süre içerisinde olsa dahi

Rechtfertigungsgründe), ikincisinin fiilin tipikliğini kaldıran diğer bir değişle, tipik haksızlığın gerçekleşmesini engelleyen sebep olduğunu (Einverstaendnis des Verletzten als Tatbestandsausschließungsgrund) ileri sürmüştür. Ayrıca bkz. Jescheck/ Weigend, 372 vd.; Önder, 1992, 210; Yazar, “Failin hareketinin suç tipini ihlal edebilmesi için hak sahibi olan kişinin rızası hilafına ya da benzer şekillerde belirtilmiş ise, rızanın bulunması hukuka uygunluğu değil, tipe uygun hareketi ilgilendirir. Hak sahibinin rızası varsa, esasen tipiklik yoktur. Buradaki rızanın, hukuka uygunluk sebepleriyle bir ilişkisinin bulunmadığı açıktır.” demek suretiyle fiilin tipe uygunluğunu engelleyen rıza ve hukuka uygunluk sebebi rıza ayrımını benimsemiş görünmektedir.

⁵¹¹ Geerds, 61 vd.

⁵¹² Özgenç, (2012), 331.

serbest iradesi ile ceninin yaşamına son vermek yönünde bir tasarruf yetkisinin olamayacağını; kadının ve onun rızasıyla fiili gerçekleştirenlerin bu fiillerinin hukuka uygun olarak nitelenemeyeceğini, sonuç olarak; kadının istem ya da rızasının çocuk düşürtme fiili bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil edemeyeceğini açıkça belirtmiştir⁵¹³. Bunun üzerine kanun koyucu Anayasa Mahkemesi'nin kararına uygun yeni yasal düzenleme yapmıştır. Hukukumuzda bu konunun Anayasa Mahkemesi veya Ceza Mahkemelerince tartışıldığına dair bir yargı kararı bulunmamaktadır.

Kanaatimce, gebeliğini sona erdirme fiilinin anlam, nitelik ve sonuçlarını sağlıklı bir biçimde değerlendirerek karar verebilmeye ehil olan mümeyyiz kadının rızası, tipik haksızlığın oluşmasını engeller. Kuşkusuz bu rızanın muhatabı yetkili hekim olmalı ve gebeliğin sona erdirilmesi müdahalesi tıp biliminin gerek ve yerleşik uygulamalarına uygun şekilde gerçekleştirilmelidir.

TCK m. 99/2 hükmünde suç, tıbbi zorunluluk bulunmaksızın, rızasıyla olsa dahi gebelik süresi on haftadan fazla kadının çocuğunu düşürten kimse şeklinde tanımlanmış; çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadının da cezalandırılacağı belirtilmiştir.

TCK m.99/1 ve 2. fıkra hükümleri "rıza unsuru" açısından karşılaştırıldığında, ilkinde rızasız çocuk düşürmenin, ikinci halde ise rızalı çocuk düşürmenin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, kadının fiile rızasının bulunmaması ya da bulunması çocuk düşürtme suçlarının uygulama alanlarının birbirine karşı sınırlandırılması bakımından da rol oynamaktadır.

Diğer taraftan, TCK m.99/2 birinci cümlede tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızasıyla olsa dahi, gebeliği on haftadan fazla kadının çocuğunu düşürten kişinin fiili bakımından, rıza tipiklik unsurudur.

On haftayı aşan gebeliklerde kadının rızasının bulunması çocuk düşürtme suçunun teşekkülünü engellemez. Çocuk düşürtme suçunun diğer nevine oranla rızalı çocuk düşürtme suçunda fiilin haksızlık değeri daha az

⁵¹³ Krş. Erman, B., Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, 205 vd.

kabul edilerek ayrı suç tipi olarak düzenlenmiştir. Burada başlı başına rızanın bulunması fiilin hukuka uygun kabulüne yeterli olmayıp; fiil ancak tıbbi zorunluluk sebepleriyle birlikte hukuka uygunluk taşır.

Yine, TCK m.99/2, ikinci cümlede, kadının çocuk düşürtmeye rızası, onun iştirak iradesi ve kastını belirtmekte; gebe kadının çocuk düşürtme suçunun unsurunu oluşturmaktadır.

cc) Kadının Rızasıyla On Haftayı Aşmayan Gebeliğe Yetkili Hekim Tarafından Tıbbi Müdahaleyle Son Verme

NPK, kişilere istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olma hakkı tanımış; bu hakkın kullanımına ilişkin esas ve sınırlamaları belirlemiştir. Gebeliği önleyici tedbirlerin kullanılması bu hakkın kullanımı bakımından esas olup; gebeliğe son verme belli bir süre ve tıbbi zorunluluk sebeplerine bağlı kılınmıştır.

Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir(NPK m.5/1). Bu hükme göre; istek üzerine gebeliğe son verme fiilinin hukuka uygun sayılabilmesi için üç şart aranmaktadır. Bunlardan ilki kadının gebeliğine son verilmesini istemesidir; ikincisi gebeliğin on haftayı doldurmamış olmasıdır; üçüncüsü müdahalenin gerçekleştirilmesinde kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca bulunmamasıdır. Hekim, bu şartların bulunup bulunmadığını tıp biliminin gereklerine uyarak belirlemekle yükümlüdür.

Her ne kadar, kanun koyucu burada “istek üzerine” deyimini kullanmış ve bu deyim rızanın nitelikli halini belirtiyorsa da, izleyen hükümlerde “kadının izniyle”, “rızası aranacak kişiler” demek suretiyle rıza şartı belirtilmiştir.

Ayrıca, kadının rızasına sadece yetkili hekimin tıbbi müdahale yoluyla gebeliğin sonlandırılması bakımından geçerlilik tanınmıştır. Kadının rızasına dayansa dahi, gebeliğe son verme ameliyesini icraya yetkili kılınmayan kişinin fiili bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez.

NPK. m 5/1 hükmünde kadının rızasıyla on haftayı aşmayan gebeliği sonlandırma müdahalesine kimlerin yetkili olduğu belirtilmemiştir. Buna

karşılık, Tüzük m.3/2,3'e göre: Rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır. Ayrıca, Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlilik belgesi almış pratisyen hekimlerce, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapılabilir.

Bunun gibi, kadının rızası yetkili hekim tarafından icra edilmiş olsa dahi, her hangi bir suretle icra edeceği fiiline değil, hukuken izin verilen ve tıp biliminin gereklerine ve kabul gören uygulamaları çerçevesinde icra edeceği müdahalelerine hukuka uygunluk sağlar. Şu halde kadının rızası sadece fiilin neticesi bakımından olmayıp, fiili icra edecek kişinin yetkili olması ve müdahalenin tıp biliminin gerek ve yerleşik uygulamalarına uygun surette icrasını da kapsar şekilde değerlendirilmek gerekir. Örneğin, kadın rızası, yetkisiz bir kişinin söz gelimi kocanın karısının karnına vurmak veya tekmelemek suretiyle gebeliğine son verme fiilini hukuka uygun hale getirmeyecektir. Buna karşılık, yetkili olmayan kişinin çocuk düşürtme fiiline rıza, fiili hukuka uygun hale getirmemekle beraber, çocuk düşürtme suçunun nevini tayin eder.

Gebeliğe son verilmesi müdahalesi, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızasıyla velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit ve mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızasıyla birlikte sulh hakiminin iznine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeniyle şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz (NPK m.6/1).

İsteğe bağlı olarak süresi on haftayı doldurmamış gebeliklere son verilmesinde kadın evli ise kocasının da rızası gerekir NPK m.6/2).

Veli veya sulh mahkemesinden izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği durumlarda ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı ve hayati organlardan birini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir (NPK m.6/3).

TCK çocuk düşürtme ve düşürme suçlarının düzenlenmesinde gerekçede belirtildiği üzere NPK hükümlerini göz önünde bulundurmuştur. NPK'da yasal olarak gebeliğe son verilmesi bakımından kabul edilen süreye

bağlı çözüm, kadının hayatını tehlikeye koyan sebepler, cenin ve izleyen nesiller için maluliyete neden olacak durumlar, kadının hayati organlarını tehlikeye koyan acil durumlar yasal olarak gebeliğin sonlandırma sebepleri olarak kabul edilmiştir.

Kanaatimce, NPK hükmündeki bu durumu, kavramdan ziyade yarara dayanan yorum yoluyla aşmak mümkündür. Gebe kadının yararlarının korunmasını, tam bir irade serbestisinden istifadesini temin bakımından hekimin objektif bir biçimde aydınlatma yükümü bulunmaktadır. Diğer taraftan, iradesini bozan sebepler yoksa kadının rızasıyla gebeliğe son veren hekimin ceza sorumluluğu doğmaz. Nitekim TCK m. 99. hükmünde suç tipleri kadının rızasının bulunup bulunmaması nazara alınarak inşa edilmiştir. Aslında sorun, rızanın suç genel teorisindeki yeri, nitelik ve işleviyle doğrudan bağlantılıdır. Söz konusu suçlar bakımından rıza hukuka uygunluk sebebi sayıldığı takdirde, hukuk birliği ve çelişmezliği ilkesi uyarınca fiil hukuk düzeninin bütünü bakımından hukuka uygun değerlendirilmek gerekir. Halbuki rızanın ceza hukuku bakımından tipik haksızlığı kaldıran sebep sayılması halinde, sadece tipik haksızlığın bulunmadığı, ancak fiilin ceza sorumluluğu sahası dışında kaldığı sonucuna ulaşılabacaktır.

Evli kadının rızasıyla gebeliğinin sonlandırılmasında sorun daha çarpıcı biçimde ortaya çıkmaktadır. İstek üzerine gebeliğin sonlandırılmasının evli kadınlar bakımından hukuka uygunluğu için eşinin rızasına ihtiyaç bulunmaktadır. Evli kadının rızasıyla fakat eşinin rızası alınmaksızın gebeliğin sonlandırılması halinde, fiil hukuka aykırı olmasına karşın tipik değildir. Çünkü TCK m.99 hükmünde tanımlanan suç tipinde sadece kadının rızasının bulunup bulunmaması unsur sayılmıştır. Bu durumda kadının rızası çocuk düşürtme suçları bakımından tipikliği kaldıran rıza kapsamında değerlendirilmek gerekir. Buna karşılık evli kadının gebeliğine son verilmesinde, kadının rızası yanında, kocanın rızasının bulunması hali, hukuka uygunluk sebebi oluşturur. Kadının rızasıyla, fakat kocanın rızası alınmaksızın gebeliğe son verilmişse, çocuk düşürtme suç tipine uygun fiil bulunmamaktadır. Ancak bu durumda hekime

yönelik idari yaptırım söz konusu olabileceği belirtilmiştir⁵¹⁴. Buna karşılık, NPK m. 8 hükmünde 23.1.2008 t. ve 5728 sayılı Kanun'un 401. maddesi ile yapılan değişiklikle, 2. fıkrada yer alan ve eşin rızasının bulunmaması halinde ağır para cezası uygulanmasını öngören hüküm yürürlükten kaldırıldığı halde, kadın evli ise gebeliğin sona erdirilmesi eşin de rızasının aranacağına dair NPK m. 6 hükmünde değişiklik yapılmamakla beraber, eşinin rızası olmaksızın kadının rızasıyla gebeliği sona erdiren yetkili hekimin fiilinin, idari yaptırımı dahi gerektirmeyen bir düzenleme durumuna geldiği belirtilmiştir⁵¹⁵.

Burada çocuk düşürtme suçları bakımından on haftayı aşmayan gebeliklerde kadına rızasıyla (NPK m.5/1), evli ise kocasının da rızasıyla (NPK m.6/2) cenin üzerinde hukuken mutlak surette tasarruf hakkının (TCK m 26 yasayla tanındığının kabulü gerekir. Ancak bu durum, ceninin sadece suçun konusu sayılmasını, kadının üzerinde “mutlak surette” tasarruf edebileceği bir varlık olduğu anlamına gelmez. Çocuk düşürtme suçunda cenin korunan hukuksal değerlerden biridir. TCK m. 99 hükümlerinde korunan hukuksal değer in süjesidir. Ne var ki, kanun koyucu, gebeliğini sürdürüp sürdürmemek konusundaki kendi yararları ile ceninin yararının tartılmasında, üstün yararın tayininde kadının irade ve kararını esas almış; kadının iradesine hukuki geçerlilik tanımıştır. Burada asıl sorun, TCK m. 26/ fıkra 2 hükmündeki “mutlak surette” deyiminden kaynaklanmaktadır. TCK m.26 hükmü; “ Kanunda aksi öngörülmüş olmadıkça, kişinin üzerinde geçerli bir biçimde tasarruf

⁵¹⁴ Hakeri, H., Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, 452; Aydın, M., Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu, SÜHFD, c.19, sy.2 Konya 2011, 84; Krş. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un (RG14.04.1928, s. 863) 8.2.2008 tarih ve 5228 sayılı Kanunla değişik m. 70. hükmüne göre; tabipler... her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliye-i cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır (veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir). Hilafında hareket edenlere 250 Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu kanunda yazılı olan idari para cezaları Mahalli Mülki Amir tarafından verilir.

⁵¹⁵ Keskin Kiziroğlu, 174.

edebildiği hakkına ilişkin açıkladığı rızasına uygun surette işlediği fiilden dolayı kimse cezalandırılmaz” şeklinde anlaşılmalı gerekir⁵¹⁶.

dd) Varsayılan Rıza

Eski deyimle mefruz rıza, hukuki esas tartışmalı olmakla beraber ceza hukukunda örf ve adet hukukuna dayanan bir hukuka uygunluk sebebi olarak öteden beri kabul edilip uygulanmaktadır⁵¹⁷. Varsayılan rıza bir çok yönden hukuka uygunluk sebebi ilgilinin rızasına benzemekle beraber; fark hukuksal yarar sahibinin fiili onaylayan gerçek bir iradesi bulunmamasına rağmen, ilgilinin rızasını almak imkanı bulunsaydı, kabul edeceği durumlarda söz konusudur. Varsayılan rızada fail, hak sahibinin üstün yararının korunması amacıyla hareket etmektedir. Buna göre varsayılan rızanın şartları; a) ilgilinin gerçek rızasının alınması imkanının bulunmaması, b) ilgilinin hakkına yönelik müdahalenin varsayılan rızasına uygunluğu, c) hak üzerinde ilgilinin serbest tasarruf yetkisinin bulunması şeklinde özetlenebilir⁵¹⁸.

Çocuk düşürtme suçları bakımından da varsayılan rıza uygulama sahası bulur. Örneğin, kaza geçiren gebe kadının komada acil ameliyata alınması ve hayatının veya hayati organları için tehlike oluşturması sebebiyle gebeliğine son verilmesi gerekmişse, kanaatimce varsayılan rızaya dayanılması mümkündür. Bu örnekte olduğu gibi, birden çok hukuka uygunluk sebebinin (varsayılan rıza - zaruret hali kombinasyonu) müşterek etkisiyle fiil hukuka uygun kabul edilmektedir.

ee) Velinin İzni; Vasinin ve Sulh Hakiminin İzni

Gebeliğin sona erdirilmesi müdahalesi, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızasıyla velisinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit ve mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile

⁵¹⁶ Krş. İtyCK m.50; Bkz. Poll, H. W., Die Einwilligung Verletzten in der Italienischen Strafrechtslehre und Gesetzgebung, Köln 1937, 78; Özgenç (2012), s.331; Yazar, “mutlak” terimini “geçerli” şeklinde anlamakta, hukuk düzeninin kişiye belli konularda tasarrufta bulunmaya yetkili kıldığı halleri bu kapsamda saymaktadır.

⁵¹⁷ Bkz. Demirbaş, (2011), 305.

⁵¹⁸ Geniş açıklama için bkz. Öztürk/ Erdem, 241 vd.

birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti sebebiyle şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.

Veli veya sulh mahkemesinden izin alınması zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir (NPK m. 6; 1219 s.lı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 5728 s.lı Kanunla Değişik m.70).

Kanun koyucu yukarıda aktarılan hükümde çeşitli ihtimalleri göz önünde bulundurmuştur. Gebeliğe son verme kişinin vücut bütünlüğüne müdahale oluşturduğundan, rıza yetkisi kişiye sıkı surette bağlı bir haktır. Bu itibarla, gebe kadın velayet veya vesayet altında olsa dahi, temyiz gücüne sahipse gebeliğe son verilmesine rızası gerekir⁵¹⁹.

Gebeliği sonlandırılacak kişi mümeyyiz olmadığı veya akıl hastalığı sebebiyle şuur serbestisi bulunmadığında rızası aranmaz (NPK m.6/1).

Evlilik devam ettiği sürece küçüğün velayeti ana baba tarafından birlikte kullanır (MK m.336). Velayet hakkının kullanımında ana ve babanın anlaşamaması hali TMK.'da özel olarak düzenlenmiş değildir. Mülga MK.'daki velayet hakkının kullanılmasında ebeveynler anlaşamazlarsa babanın reyine üstünlük tanıyan hüküm kaldırılmıştır. Bu durumda, sorunun çözümü için TMK m. 195 hükmüne göre hakime başvurulması gerekir.

Öte yandan NPK m.6/son fıkrasına göre; veli veya sulh mahkemesinden izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde (gebe kadının) hayatı veya hayati organlarından birini tehdit eden acil hallerde, izin şart değildir. Burada da, rıza ve zorunluluk hali kombinasyonu sebebiyle veli veya vasi ve sulh hakiminin izni şartı aranmaksızın fiil hukuka uygun sayılmaktadır.

⁵¹⁹ Krş. Tezcan/Erdem/Önok, 309; Keskin Kiziroğlu, 174.

Kanaatimce velayet veya vesayet altındaki mümeyyiz kişilerin rızasının bulunması, tipe uygunluğu kaldıran sebeptir. Yasada gebe kadının rızasına ilaveten velinin veya vasi ve sulh hakiminin izninin aranması, gebeliğe son verme ameliyesinin hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilmesi bakımından gereklidir.

ff) Rızayı Sakatlayan Sebepler

Rıza, kişinin serbest iradesine dayanmalıdır; ancak bu surette oluşan irade kişinin gerçek ve geçerli iradesi olarak nitelenebilir İradenin serbest oluşmasına tesir eden, iradeyi bozan sebeplerin bulunmaması gerekmektedir.

İradenin oluşumuna etki ederek bozan sebepler hata, hile, zorlama (icbar) ve korkutma (ikrah) olarak sıralanmaktadır.

Hata iradeyi sakatlayan sebeplerden olup, kişinin gerçek hal ve şartlar ile bunların zihindeki tasavvurunun uyuşmaması veya muhakemede yanılıya düşmesidir. İdrak ve muhakemede kişinin yanılıya düşmesi sebebiyle hata kişinin kendisinden kaynaklanır. Gebelik süresinin on haftayı aşmadığı zannıyla gebeliğine son vermek istemesi bu duruma örnek olarak verilebilir.

Gebeliğe son verme ciddi bir tıbbi müdahale olması sebebiyle, müdahaleyi yapacak yetkili hekimin aydınlatma yükümünü gereği gibi yerine getirmesi, gebe kadının tıbbi danışma hizmetlerinden faydalanması, olası hataların bertaraf edilmesi bakımından büyük önem taşır. Yetkili hekim, gebe kadının gebeliğine son verme kararının esaslı bir hata veya yanılığından kaynaklandığını fark etmişse, bu müdahaleyi yapmaktan kaçınmalıdır. Çünkü, gebe kadının esaslı hatası, gebeliğine son verilmesine ilişkin iradesini bozan bir sebeptir. Hata sebebiyle oluşan ve hukuken geçerli olmayan bir rızaya dayanarak gebeliğe son verme müdahalesi yapılamaz.

Ancak, kadının gebeliğine son vermeye ilişkin rızasının hatasından kaynaklandığı hususunda müdahaleyi yapan hekimin hata veya yanılıya düşmesi de mümkündür. Hekimin rızanın sıhhati konusunda hatası halinde,

çocuk düşürme suçunu işleme kastının varlığından söz edilemez. Böyle bir durum, hekimin dikkat ve özen yükümünün ihlali sebebiyle olsa olsa taksirle yaralama suç tipi kapsamında değerlendirilebilir.

Rızanın sıhhat ve geçerliliğine tesir eden ve rızayı bozan sebeplerden bir diğeri hiledir. Kişinin irade ve karar serbestisi bir takım yanıltıcı, aldaticı söz ve davranışlarla bozulmuş, gerçek durum ve şartlar konusunda yanlış algılama ve muhakemeye sevk edilerek, irade serbestisi sakatlanarak, tesir altında bırakılmıştır. Hata kişinin kendisinden kaynaklandığı halde, hilede sebep bir başkasının yanıltıcı söz ve davranışlarıdır. Örneğin, gebe kadının ceninin down sendromlu olduğu, tüp bebek uygulamasında rahme yerleştirilen döllenmiş yumurtanın başkasına ait olduğu yolunda aldatılarak gebeliğine son vermeye rızasının sağlanması durumunda, rıza hile sebebiyle ifsat edilmiştir. Kadının rızasının hile sebebiyle geçersiz olduğunu bilmeksizin, rızasının sıhhatli ve geçerli olduğu düşüncesiyle gebeliğe son veren hekimin fiili suç oluşturmamasına karşın; gebe kadını hileyle gebeliğine son vermeye rıza göstermeye sevk eden kişinin çocuk düşürtme suçundan sorumluluğu cihetine gidilir. Buna karşılık, gebeliğe son verme ameliyesini yapan yetkili hekim, kadının rızasının hile sebebiyle sakatlandığını bilmesine rağmen bu müdahaleyi gerçekleştirdiği takdirde, hile yapanla birlikte çocuk düşürtme suçundan sorumlu olur.

Rızanın geçerlilik ve sıhhatine tesir eden sebepler arasında zorlama ve korkutma bulunmaktadır. Zorlama (icbar) maddi ve manevi zorlama şeklinde gerçekleştirilebilir. Rızayı hukuken geçersiz kılan zorlama, kişinin irade ve karar serbestisini etkileyici nitelik ve yoğunlukta olmalıdır. Maddi zorlamada kişinin gerçek bir iradesinin varlığından söz edilemez. Çünkü maddi cebir (vis absoluta) uygulayan kişinin iradesi, cebre maruz kalan kişinin rızası şeklinde belirlemekle beraber, gerçekte onun iradesi ve rızası bulunmamaktadır. Buna karşılık, korkutma ve tehditte (vis compulsiva) görünüşte bir rıza bulunmasına karşın, baskı ve zorlamanın etkisiyle ortaya çıkması sebebiyle sıhhat ve geçerlilikten yoksundur. Gebeliğin olağan riskleri konusunda kadının hekim tarafından aydınlatılması elbette korkutma veya manevi zorlama olarak nitelenemez. Buna karşılık, gebeliğini sürdürmesi halinde, gerçekte böyle bir tehlike olmamasına

karşın kadının hayatını veya sağlığını kaybedeceği söylenerek korkutulup rızası temin edilmişse veya kocanın karısını öldüreceği tehdidiyle gebeliğine son vermeye razı etmesi halinde hukuken geçerli ve sıhhatli rızanın varlığından söz edilemez. Yetkili hekim, rızanın hukuken geçerli olduğu zannıyla gebeliği sonlandırmışsa, korkutma ve tehdidi yapan kişinin dolaylı faillik hükümleri gereğince çocuk düşürtme suçundan sorumluluğu cihetine gidilir⁵²⁰.

gg) Hekimin Aydınlatma Yükümü ve Rızaya İlişkin Hatası

Gebeliğe son verme tıbbi bir müdahale olması sebebiyle, kadının tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatılması gerekir. Kadının aydınlatılması veya aydınlatılmış rızadan maksat, gebeliği sonlandıracak kişinin gebe kadını etki altında bırakacak, yönlendirecek, telkini nitelikte her hangi bir müdahalesinin olmamasıdır, tamamen tarafsız ve önyargısız bir bilgilendirme yapmasını sağlamaktır. Böylece gebe kadın tam bir irade serbestisinden yararlanarak, herhangi bir baskı, zorlama olmaksızın gebeliğine son vermeyi isteyip istemediğine karar verebilecektir. Kadının gebeliğini sonlandırması tıbbi bir müdahale ile ve yetkili hekim tarafından yerine getirileceğinden, hekimin kadını tıbbi müdahale konusunda aydınlatması önem taşımaktadır (Hasta Hakları Yönetmeliği 22/1)⁵²¹.

Tıbbi bir müdahale olması sebebiyle hekim tarafından gebeliğe son verme ameliyesinin ağırlık ve önemi, uygulanması, tıbbi sonuçları ile olası komplikasyonları, rıza ve izin olmaksızın bu işlemin yapılamayacağı, rızanın ve iznin kapsam ve konusunun tıbbi zorunluluk olmaksızın aşılamayacağı, gebe kadına, eşine, veli veya vasisine anlatılmalıdır.

Hekimin aydınlatma ve rızaya ilişkin hatası TCK m.30 hükmü kapsamında çözülecektir.

Hekimin aydınlatma yükümü ve rıza alma yükümünün bulunmadığı şeklindeki hatası hukuki hatadır. Buna karşılık aydınlatma yükümünün ve

⁵²⁰ Dolaylı faillik hakkında geniş bilgi için bkz. Özgenç,İ., Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996; Demirbaş, 2011, 471 vd.; Öztürk/ Erdem, 2013, 387 vd.

⁵²¹ Tezcan/Erdem/Önok, 310.

rızanın şartlarının gerçekleştiği konusundaki hatası fiili hatadır. Sözelimi Vo v. Fransa davasında olduğu üzere, kadının gebeliği hastanede sırf isim benzerliği sebebiyle başkasıyla karıştırılarak gereği gibi aydınlatıldığı ve rızasının alındığı hususunda hataya düşülerek sonlandırılmışsa, hekimin kastının varlığından söz edilemez, burada esaslı hata kastı ortadan kaldırır.

Yine, gebeliğin süresinde hataya düşerek on haftayı aşmış bir gebeliği bu süreyi aşmadığı zannıyla rızaya dayanarak sonlandıran hekim, hukuka uygunluk sebeplerinin fiili şartlarında hataya düşmüştür. Burada da hekimin fiili çocuk düşürme suçunu oluşturmayacaktır.

b) Zorunluluk Hali

TCK. m.99/ f. 2'de düzenlenen çocuk düşürme suç tipinin, “**tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa dahi gebelik süresi on haftadan fazla kadının çocuğunu düşüren kimse**” şeklindeki tanımında; tıbbi bir zorunluluğun bulunmamasını tipik haksızlığın olumsuz bir unsuru olarak belirtmiştir. Buna göre, tıbbi zorunluluk halinde süre sınırlaması olmaksızın gebeliğe son verilebilecektir. Tıbbi zorunluluk olmaksızın, kadının rızası ile on haftayı aşan gebeliklerin sonlandırılması fiilinde rıza ne tipe uygunluğu kaldıran bir sebeptir, ne de hukuka uygunluk sebebi teşkil eder. Madde hükmü, tıbbi zorunluluk sebeplerinin bulunması halinde, ayrıca gebe kadının rızasının alınmasının gerekip gerekmediği konusunda açık değildir. Kanaatimce, tıbbi zorunluluk hallerinde, acil müdahale ve gebe kadının şuurunun yerinde olmaması gibi istisnalar hariç, kural olarak gebe kadının rızasının alınması gereklidir. Tıbbi zorunluluk halleri, bu şartlar altında hukuka uygunluk sebebi teşkil eder. Tıbbi zorunluluğun bulunup bulunmadığı tıp bilimine göre yapılacak değerlendirmeye göre belirlenir⁵²².

Ayrıca, TCK m. 25 /2 hükmündeki genel zorunluluk halini düzenleyen hükmün de uygulanma kabiliyeti bulunmaktadır⁵²³.

⁵²² Tezcan/ Erdem/Önok, 311; Aydın, 90.

⁵²³ Gökcan, H.T., Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2013, 613.

aa) On Haftayı Aşan Gebeliğe Tıbbi Zorunluluklarla Son Verme

Gebelik süresi on haftadan fazla ise, rahim ancak gebelik annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip eden nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ile ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir (NPK m. 5 /2).

Tüzük ise, eki (2) sayılı listede gebeliğe son verilmesini gerektiren hastalıkları saymış ve bu hastalıklardan birinin bulunması halinde kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından rahmin tahliye edilebileceği belirtilmiştir⁵²⁴. Ayrıca, kanundaki rapor şartı tekrarlanmış, rapor ve ameliyenin en geç bir hafta içinde illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirim yükümü getirilmiştir(Tüzük m. 6). Bu

⁵²⁴ Tüzüğün eki 2 sayılı liste: "10 haftanın üzerindeki gebeliklerde rahim tahliyesini gerektiren, kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli olan hastalıklar ve durumlar: A- Doğum ve kadın hastalıklarına bağlı nedenler 1) Daha önceki major uterin harabiyet ve hasarları, a) Sezaryen ameliyatı b) Miyomektomi c) Uterus rüptürü d) Geniş perforasyon e) Geçirilmiş vajinal plastik operasyonlar 2) Rekürren preeklampsi-eklampsi 3) İzomünizasyon 4) Molehidatidiform B- Ortopedik nedenler 1) Osterogenezis imperfekta 2) Ağır kifoskolyoz 3) Doğumu güçleştiren osteomyelit 4) Faaliyet halinde bütün mafsalları ilgilendiren osteoartiküller hastalıklar C- Kan hastalıklarına bağlı nedenler 1) Lösemi 2) Kronik anemiye neden olan hastalıklar 3) Lenfomalar 4) Pıhtılaşma defektleri 5) Hemolitik sarılıklar 6) Agranülositozis 7) Tromboembolik hastalıklar 8) Hemoglobinopatiler ve talasemi sendromları (ağır klinik ve hematolojik bozukluğa neden olan) 9) Gamaklobulinopatiler D- Kalp ve dolaşım sistemi hastalıkları 1) Doğumu engelleyen konjenital ve akkiz kalb hastalıkları 2) Kalp yetmezliği, perikardit, miyokardit, miyokard enfarktüsü aşık koroner yetmezliği, arteriel sistem anevrizmaları 3) Ağır tromboflebitler ve lenfatik sistem hastalıkları 4) Ağır bronşektaziler 5) Solunum fonksiyonunu bozan kronik akciğer hastalıkları E- Böbrek hastalıkları 1) Akut ve kronik böbrek hastalıkları F- Göz hastalıkları 1) Dekolman 2) Renal hipertansif ve diyabetik retinopatiler G- Endokrin ve metabolik hastalıklar 1) Feokromozitoma 2) Adrenal hiperfonksiyon ya da yetmezliği 3) Kontrol altına alınamayan hipotiroidi veya hipertiroidi 4) Pratiroid hiperfonksiyon ya da yetmezliği 5) Ağır hipofiz hastalıkları H- Sindirim sistemine bağlı bedenler 1) Gebeliğin devamını engelleyen sindirim organları hastalıkları İ- İmmünolojik nedenler 1) İmmün yetmezliği hastalıkları 2) Kollajen doku hastalıkları J- Bütün malignneoplastik hastalıkları 1) Grand ml epilepsi 2) Multipl skleroz 3) Muskuler distrofi 4) Hemipleji ve parapleji 5) Gebeliğin devamını engelleyen ağır nörolojik hastalıklar L- Ruh hastalıklarına bağlı nedenler 1) Oligofreni 2) Kronik şizofreni 3)Psikoz manyak depresif (PMD) 4) Paranoya 5) Uyuşturucu bağımlılıkları ve kronik alkolizm M- Enfeksiyon hastalıkları 1) Teratojen intra uterin enfeksiyonlar a) Kızamıkçık b) Toksoplazmozis c) Sitomegalovirus d) Herpes virus grubu hastalıklar 2) Cüzzam 3) Sıtma 4) Frengi 5) Brusella ve diğer ağır kronik enfeksiyonlar N- Konjenital nedenler 1) Marphan sendromu 2) Mesane ekstrofisi 3) Down sendromu 4) Sakat çocuk doğurma ihtimali yüksek diğer herediter hastalıklar 5) Gonatlara zararlı röntgen ışını ve ilaç 6) Teratogenik ilaçlar 7) Nörofibromatozis".

kapsamdaki rahim tahliyesi, resmi yataklı tedavi kurumlarında yapılacaktır. Bu kurumlarda Tüzük'e ekli (3) sayılı listede yer alan araç, gereç ve personelin bulunması zorunludur (Tüzük m.7)⁵²⁵.

bb) Acil Hallerde Gebeliğe Son Verme

Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Hekimin müdahale öncesi, mümkün olmaması halinde en geç yirmidört saat içinde ilgili resmi kuruma kadının kimliğini, gerekçeleriyle müdahaleyi bildirir (NPK m.5/3).

Tüzük'te, acil hallerde rahim tahliyesinin kadın hastalıkları ve doğum uzmanınca yapılacağı düzenlenmiş (Tüzük m. 7) ve rahim tahliyesini gerektiren acil haller belirtilmiştir (Tüzük m. 8)⁵²⁶. Acil hallerde rahim tahliyesinin, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel tedavi kurumlarında yapılacağı, ancak kadının bu yerlere taşınması olanaksızsa ameliyenin muayenehane ev gibi hastanın bulunduğu yerde de yapılabileceği düzenlenmiştir (Tüzük m. 9).

Tıbbi zorunluluk halleri, 2827 s. lı NPK ve bu kanun uyarınca (NPK m. 5, f. 2 ve 3 ile f. 4) çıkarılan Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğün (kısaca "Tüzük" olarak adlandırılacaktır) 5 ila 9. maddeleri hükümlerinde açıklanmıştır.

⁵²⁵ Tüzüğün eki 3 sayılı liste: "Gebeliğin onuncu haftasından sonra, rahim tahliyesi yapılacak yerlerde bulunması zorunlu araç, gereç ve personel: 1- Ameliyathane ve anestezi araç ve gereçleri 2- Sezaryen yapmak için gerekli tıbbi ve cerrahi malzeme 3- İntra – amniyotik hipertonic solüsyon vermek için gerekli araç gereç 4- Kürtaj seti 5- Elektrikli ya da elektriksiz vakum aspiratör 6- Otoklav ve elektrikli sterilizatör 7- Uterotonikler, kanama durdurucu ilaçlar, intravenöz sıvı seti, enjektör, steril eldiven vb. diğer tıbbi araç gereç 8- Anestezi uzmanı ya da teknisyeni 9- Gerekli diğer ameliyathane personeli 10- Canlandırma araç ve gereçleri".

⁵²⁶ Tüzük m.8 hükmüne göre acil haller: "a) Servikal internal os kapalı olsa bile, kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanamalar, b) Servikal internal osun açık olduğu haller, c) Uterustaki gebelik ürününün bir kısmının ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesi."

NPK m. 5' belirtilen tıbbi zorunluluk nedenlerinden ilki, gebeliğin kadının hayatını tehdit ettiği veya edeceği hallerdir. Bu hallerde, annenin yaşamı ceninin yaşam hakkına üstün tutulmaktadır⁵²⁷.

İkinci neden ise, gebeliğin, doğacak çocuk ile izleyen nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerdir.

NPK'da belirtilen tıbbi zorunluluğun, hangi hastalık ve hallerde söz konusu olabileceği, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük ve bu tüzüğe bağlı 2 sayılı listede sıralanmıştır. Kanaatimce bu listede sıralanan tıbbi nedenler, zorunluluk bakımından tahdidi olmasa gerektir.

NPK m.5 hükmünde tıbbi zorunluluk hallerinin acil müdahaleyi gerektirip gerektirmediği gözetilerek düzenlemeye gidilmiştir.

NPK m. 5/2 hükmündeki tıbbi zorunluluk halleri doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ile ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile saptanmalıdır. Bu rapora istinaden gebeliğe son verme gerçekleştirilir. Ancak, anılan hükümde gebeliğe son vermeye ilişkin müdahaleyi yapacak yetkili kişi belirtilmemiştir. Tüzükte, on haftayı geçen gebeliklerde rahim tahliyesinin kadın doğum uzmanı tarafından, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılabileceği ve buralarda bulunması gereken araç, gereç ve personel Tüzüğün 3 sayılı ekinde belirtilmektedir.

IV. Manevi Unsur

Çocuk düşürme suç tiplerinde manevi unsur, genel kastır⁵²⁸. Failin, suç tipindeki unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi halinde doğrudan doğruya kastı bulunmaktadır (TCK. m.21/1)⁵²⁹. Failin kastı gebe kadının

⁵²⁷ Gökcan, 613; Çakmut, Ö.Y., Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, 2003, 134; Gülşen, R. Hekimlerin Çocuk Düşürmede (Kürtaj) Oluşan Cezai Sorumluluğu, İkinci Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008 Ankara, Ankara Barosu Yayını Ankara 2009, 191.

⁵²⁸ Keskin Kızıroğlu, S., 175.

⁵²⁹ Y. 3.CD. 29.11.2006 2128/9059; "Olay günü sanıkla müdahilin kavgaya tutuştukları, sanığın müdahile vurarak sert zemine düşürdüğü, yerdeki müdahilin karnına oturduğu, 7-8 haftalık

çocuğunu düşürmeye yönelik olmalıdır. Suçun oluşması bakımından saik önem taşımaz. Bu itibarla, çocuk düşürme suçunun işlenmesinde özel kast aranmaz⁵³⁰.

Çocuk düşürme suç tipleri doğrudan kastla işlenebileceği gibi⁵³¹, olası kastla da işlenebilir⁵³². Olası kast, failin kanuni tanımdaki suç tiplerini gerçekleştirebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemedir.

Çocuk düşürme suçları taksirle işlenemez⁵³³. Çünkü kanunun açıkça belirttiği hallerde taksirle işlenen fiiller cezalandırılır. Dikkat ve özen

hamile olan müdahilin çocuğunun düşmesine yol açtığı, Adli Tıp Kurulu 6. İhtisas Dairesi'nin 31.12.2005 tarih, 3699 s.lı kararı ile darpla düşük arasında illiyet bağının bulunduğu tespit edildiği, Yerel Mahkeme, sanığın müdahilin hamile olduğunu bilebilecek durumda olmadığından bahisle 5237 sayılı TCK'nın 23. maddesi yollamasıyla netice bakımından sorumlu tutulamayacağını ve fiilin 5237 sayılı TCK'nın taksirle yaralamayı düzenleyen 89. maddesine dönüştüğü düşüncesiyle, anılan madde gereğince sanığın cezalandırılmasına karar vermiştir. "Netice sebebiyle ağırlaşmış suç" 5237 s.lı TCK'nın 23. maddesinde "Bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşmasına sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir" şeklindedir. Netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları yasanın 87. maddesinde düzenlenmiş olup, failin netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından 23. maddede belirtilen şekilde en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir. Diğer ifade ile, failin 5237 sayılı TCK'nın 21. maddesindeki kastı ve olası kastı taşıması gerekir. Somut olayda; olay öncesi 16.6.2004 tarihinde köy camii hoparlöründen hamile kadınların köy muhtarlığına çağırıldığı, çağrıya müdahilin uyararak gittiği ve hamile olduğuna dair kaydını yaptırdığı (kavgadan 4 gün önce), 2'inci kez Cemile'nin ismi hamile kadınlar arasında anons edilerek çağrı yapıldığı ve köy halkının haberdar olduğu, müdahil Cemile ile ebe Fatma Girgin'in yeminli anlatımıyla anlaşıldığı, bu çağrıdan 4 gün sonra olay tarihinde köy çeşmesi başında kavga sırasında sanığın, müdahili yere yatırarak karnına oturduğu, 1970 doğumlu, evli ve bir çocuklu olan müdahilin karnına oturması, köy yaşam koşulları, hayatın olağan akışı, köy yerinin sosyo kültürel yapısı itibarıyla mağdurenin çocuğunun düşmesine yönelik bir davranış olduğunu öngörmesi gerektiği, belirtilen şekilde çocuğun düşmesi sonucunu doğuran eylemde olası kastla hareket ettiği ortaya çıkmış olmakla, netice bakımından çocuk düşürme sonucundan sorumlu tutulması gerektiği halde yazılı şekilde olayda uygulama yeri bulunmayan taksirle yaralama suçundan ceza verilmesi bozmayı gerektirir." Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, 311.

⁵³⁰ Erem, 496; Önder, 186; Erman/Özek., 200.

⁵³¹ Hafızoğulları / Özen,140; Yazarlar çocuk düşürme ve düşürme suçlarında fail gebe kadın üzerinde davranışlarla doğrudan çocuğun düşmesini istediğinden, kast doğrudan kasttır. Öyleyse, bunlar, muhtemel (olası) kastla işlenemezler demektedirler.

⁵³² Tezcan/Erdem/Önok, 310; Önder, 185; Dönmez, 115; Kambur, 1251; Özbek/Kambur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 394.

⁵³³ Tezcan/Erdem/Önok, 310; Hafızoğulları / Özen, 139; Kambur, 1251

yükümlülüğüne aykırı davranışın çocuk düşürtme neticesine yol açacağı failce öngörülmemektedir.

Taksirle işlenen çocuk düşürtme fiillerinin cezalandırılmaması yasa da yer alan bir boşluk olarak nitelendirilmiş, taksirle işlenen çocuk düşürtme fiillerine karşı da ceza hukuku koruması sağlanması gerektiği belirtilmiştir⁵³⁴. Ancak, Kanunumuz, taksirle yaralama suçunun “gebe kadının çocuğunun erken doğmasına” (TCK. m.89, f. 2, f bendi); yine “gebe bir kadının çocuğunun düşmesine” (TCK. m.89, f. 3, e bendi) neden olmasını, bu suçun netice sebebiyle ağırlaştırılmış halleri olarak düzenlemiştir. Bu itibarla, kadına yönelik taksirle yaralama fiili, gebe kadının çocuğunun düşmesine neden olmuşsa, suçun nitelikli hali sebebiyle ceza ağırlaştırılarak tayin edilecektir⁵³⁵.

Burada olası kastla, bilinçli taksir arasında sınırın çizilmesi gerekmektedir. Bilinçli taksirle işlenmiş olsa dahi, çocuk düşürtme suç tipleri bakımından manevi unsurunun varlığı kabul edilmez. Bilinçli taksir, kanunumuzda failin neticeyi öngörmüş olmasına rağmen istememiş olması şeklinde tanımlanmıştır. Şu halde, her ne kadar dikkat ve özen yükümüne aykırı bir davranış ve bu davranışın çocuk düşürtmeye sebebiyet verebileceği öngörülmekte ise de, fail bu neticeyi istememektedir.

Ancak olası kastta fail, hareketinin çocuk düşürtme neticesine sebebiyet verebileceğini öngörmekle beraber, çocuk düşürtme neticesini göze almakta, kabul iradesiyle hareket etmektedir⁵³⁶. Fiilin olası kastla işlenmesi halinde ceza indirilir (TCK. m.21/2).

Fail, kadına karşı öldürme veya yaralama kastıyla hareket etmiş ve çocuğunun düşmesine sebebiyet vermişse, bu haller kasten öldürme ve yaralama suçunun netice sebebiyle ağırlaştırılmış hallerini oluşturur⁵³⁷.

⁵³⁴ Hakeri, (2012) 700; Dönmez, 115.

⁵³⁵ Tezcan/Erdem/Önok, 310; Keskin Kızıroğlu, 175.

⁵³⁶ Dönmez, 115.

⁵³⁷ Tezcan/Erdem/Önok, 310, 311.

V. Suçun Özel Görünüm Şekilleri

1. Teşebbüs

Kanunumuz çocuk düşürtme suçlarını zarar suçu olarak düzenlemiş, suçun tamamlanması için çocuk düşürtme neticesinin gerçekleşmesi şartını aramıştır. Bu itibarla, çocuk düşürtme suçlarına teşebbüs mümkündür⁵³⁸.

Kanunumuz, işlemeyi kastettiği suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise failin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacağını belirtmiştir (TCK. m.35, f.1).

Suçta teşebbüs için elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlanması gerekir⁵³⁹. Bu niteliği taşımayan hazırlık hareketleri teşebbüs nedeniyle cezalandırılmaz. Bu nedenle, hazırlık hareketleriyle icra hareketlerine başlanması arasındaki sınırın tespiti gerekir.

Öğreti ve uygulamada bu sınırın belirlenmesi tartışmalara yol açmıştır. Hazırlık hareketleri icra hareketleri arasındaki sınırın belirlenmesinde elverişli olmak ve failin kastını tereddüde yer vermeyecek şekilde ortaya koymak şartları aranmaktadır⁵⁴⁰. Hareketlerin icra başlangıcı niteliği taşıyıp taşımadığının, somut olaydaki hal ve şartlara göre tayini gerekeceği belirtilmiştir⁵⁴¹. Çocuk

⁵³⁸ Erem, 496; Erman/Özek, 197; Tezcan/Erdem/Önok, 312; Hafizoğulları / Özen, 140; Dönmez, 126; Keskin Kızıroğlu, 175; Özbek/Kambur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 350; Önder, 184; Hakeri, (2012) 709; Dönmezer, 227; Yazar, 765 sayılı TCK. hükümleri karşısında bu suçlarda eksik teşebbüsün mümkün olamayacağı kanaatindedir; ancak 5237 sayılı TCK.'da tam teşebbüs, eksik teşebbüs ayrımı kaldırıldığından artık çocuk düşürtme suçlarında tam teşebbüsün mümkün olup olamayacağı tartışması güncelliğini kaybetmiştir. Alman Hukukunda üçüncü kişilerin çocuk düşürtme suçuna teşebbüsü mümkün sayılmakla beraber, gebe kadının teşebbüsü cezalandırılmamakta, şahsi cezasızlık sebebi sayılmaktadır. Krş. Arzt/ Weber/ Heinrich/ Hilgendorf § 5, kn.37.

⁵³⁹ Hafizoğulları/Özen, 140.

⁵⁴⁰ Hafizoğulları/Özen, 140.

⁵⁴¹ Dönmezer, 235; Yazar, “hazırlık hareketlerinin başlangıcı için karıştırılmaya yer bırakmayacak ve failin kastından şüphe edilmeyecek şekilde dış hareketlerle belirlendiği ve failin hareketleriyle artık geri dönülemeyecek nitelikte neticeye yaklaştığı hallerde bir icra başlangıcının varlığını kabul etmek uygun olacağı” görüşündedir. Ayrıca, Fransız Temyiz Mahkemesinin 5 Nisan 1954 tarihli kararında: “Ebenin gebe kadına kürtaj için randevu verip, aynı tarihte gerekli aletlerle evine gidip yapacağı tıbbi müdahalede, sırf polisin girişimi yüzünden harekete geçememesi olayında teşebbüsü kabul ettiğini” nakletmektedir; “Bir doktorun alet

düşürtmeye icraya doğrudan doğruya başlamayı göstermeyen, ilaç satın alma, bulundurma, doktorla anlaşma, randevu alma, hastaneye yatma, doktorun muayenehanesinde bekleme salonunda bulunma veya doktorla konuşma gibi hareketler hazırlık hareketleri olarak nitelenebilirler⁵⁴².

Ancak, gebe kadının ameliyathaneye alınması, cerrahi müdahale için gerekli aletlerin hazırlanmış olması ve narkoz verilmeye başlanması suçun icra hareketlerine başlamadır⁵⁴³.

Failin çocuk düşürtmeye yönelik hareketinin elverişli olması gerekir⁵⁴⁴. İcra hareketlerinin ya da suçun icrasında kullanılan ilaç ve vasıtaların mutlak surette elverişsizliği halinde işlenemez suç söz konusudur. Ancak, icra hareketlerinin ve bu kapsamda kullanılan araç ve yöntemlerin nispi elverişsizliği halinde suça teşebbüs bulunmaktadır. Çocuk düşürtme suçunun icrası

çantasıyla birlikte, düşürme ameliyesinin ücretini önceden kararlaştırdığı gebe kadının evine gitmesi, çocuk düşürmeye eksik teşebbüs teşkil eder” (Fr. Ygt., 30 Temmuz 1942).

⁵⁴² Keskin Kızıroğlu, 175; Önder, 184; Yazar, gebe kadının muayenehanede muayene edilerek gebeliğin tespiti halinde, cenin alınması için anlaşmaya varılmasıyla icra hareketinin başladığını, zira bu hareketlerin ceninin alınmasıyla doğrudan ve yakın ilişki içerisinde olduğunu belirtmektedir; Tezcan/Erdem/Önok, 312; Kadının otel odasına alınması, müdahale için gerekli aletlerin hazırlanmış ve kadının elbiselerini çıkarmasının istendiği esnada kadının odadan çıkması ve polis baskın yapması şeklinde gelişen bir olayda, henüz hiçbir aletin kullanılmaması ve kadına dokunulmaması nedeniyle teşebbüsün olmadığı, hazırlık hareketlerinin bulunduğu kararı verilmiştir (Dupuy v. State, 1959), nakleden, Hakeri, (2012) 709; Jaehnke,LK., § 218, 50, kn. 47.

⁵⁴³ “Hekimin sondaları getirip içinde potasyum bulunan suda kaynatması ve ellerine vazelin sürmesi icra hareketlerine başladığını gösterir” (Fr. Ygt., 16 Mart 1961), Jandidier, 238 not.5’den nakleden Erman/Özek, 197, dn.21; Yine, Yargıtay’ımız bir olayda: “Gebe kadının ameliyat odasına alınması, doktor, doktor yardımcısı ve hastabakıcıların böyle bir ameliyenin ifasına müsait durumda ameliyathanede bulunarak mağdurenin soyulması, ameliyat masasına yatırılması ve yüzüne münhasıran ameliyatta kullanılan narkoz maskesinin geçirilmesi ameliyesine başlanması gibi hareketlerin sanıklarca maksut ve mukarrer çocuk düşürmeye matuf icraattan madut ve böylece kanunun himayesinde olan haklar yakın tehlike ile karşı karşıya gelmiş anlaşma ücreti tespit ve tesellüm etmekle açığa çıkmış olan sanıkların kastının iltibasına meydan vermeyecek derecede icrasına girilmişdir (Y.1. CD., 16.07.1954, 1106/1202); Yargıtay’ın bu gerekçeyle aynı hareketlerin gebe kadını muayene etmek maksadıyla yapılabileceği görüşünden hareketle, “İltibasa yer vermeyecek surette suçun icrasına başladığını göstermediklerini ve bu sebeple olayda çocuk düşürmeye nakıs teşebbüsü ifade etmediklerini kabul ederek, sanıkların beraatına karar vermiş olan Yerel mahkeme kararını (isabetle) bozmuştur.” Bkz., Erman/Özek, 197, dn. 22; Keskin Kızıroğlu, 175.

⁵⁴⁴ Erem, 493.

bakımından, korkutma gibi manevi hareketlerin elverişliliği tartışmalıdır. Failin çocuk düşürtmeye yönelik vurma, darp, cerh ve benzeri hareketleri elverişli ve doğrudan doğruya icraya başlama olarak kabul edilir⁵⁴⁵.

Çocuk düşürtmeye yönelik icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen, netice gerçekleşmeyebileceği gibi, çocuğun ölümü ile fiil arasında herhangi bir nedensellik bağı bulunmayabilir. Çocuk düşürtmeye yönelik hareketler sonucu, yaşama kabiliyeti olan bir çocuk doğmuş ve hayatını sürdürmüş olabilir⁵⁴⁶.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi, hekimin çocuk düşürtmeye yönelik icra hareketlerini tamamladığı halde, rahmin delinmesi sebebiyle kadının hastaneye kaldırıldığı ve çocuğun öldüğü olayda, fiilin teşebbüs aşamasında kaldığına karar vermiştir⁵⁴⁷. Olayda, netice failin öngördüğü nedensellik serisi içerisinde gerçekleşmemişse de, icra hareketlerinin sonucunda çocuğun ölümü gerçekleşmiştir. Bu itibarla karara katılmak güç gözükmektedir.

Suçun konusuna ilişkin açıklamalarda belirtildiği üzere, çocuk düşürtme fiili ana rahminde gelişimini sürdüren canlı cenine karşı işlenebilen bir suçtur. Ana rahminde ölmüş bir cenine karşı çocuk düşürtme suçu işlenemez⁵⁴⁸.

Keza, gebe olmayan kadına karşı çocuk düşürtmeye yönelik hareketin işlenmesi durumunda bu suçun hukuki konusu bulunmadığından, işlenemez suç söz konusudur. Ancak bu hareketler, şartları mevcutsa kasten yaralama olarak nitelenebilir⁵⁴⁹.

Fail, çocuk düşürtmeye yönelik hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçer veya çabasıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse,

⁵⁴⁵ Özbek/Kambur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 350.

⁵⁴⁶ Jaehnke, LK., § 218, 49, kn. 46.

⁵⁴⁷ 8. CD, 18.2.1998, 837/1919, nakleden, Hakeri, (2012) 710.

⁵⁴⁸ Keskin Kiziroğlu, 173.

⁵⁴⁹ Önder, 185; Tezcan/Erdem/Önok, 312; Dönmez, 126.; Hakeri, (2012) 710.

teşebbüsten ötürü cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır (TCK. m.36).

2. İştirak

Çocuk düşürtme suçlarına her nevi iştirak mümkündür. Rızası olmaksızın kadının çocuğunu düşürtme suçunda kadın mağdurdur. Ancak, kadının rızasıyla çocuk düşürtme suçunda kadının fiili bağımsız bir suç olarak düzenlenip cezalandırıldığından, iştirak kapsamında değerlendirilmez (TCK. m.99, f.2, cümle 2)⁵⁵⁰.

Faile ilişkin açıklamalarımda belirttiğim üzere, çocuk düşürtme suçlarının düzenlenmesi kanunumuzda iki olasılık göz önünde bulundurarak yapılandırılmıştır. İlki, failin rahim tahliyesine yetkili kimse olmasıdır. Bu halde, çocuk düşürtme suçları özgü suç kuralları kapsamında değerlendirilir ve özgü suça iştirak hükümleri uygulanır (TCK.m.40/ f. 2).

İkinci durum ise, bu suçların rahim tahliyesine yetkili olmayan her hangi bir kimse tarafından işlenmesidir (TCK.m.99/ f. 5, 2.cümle). Çocuk düşürtme suçlarının nitelikli halini oluşturan bu duruma, iştirake ilişkin genel hükümler uygulanır (TCK.m.40/ f.1).

Şerikler, çocuk düşürtme suçlarının nitelikli halini oluşturan failin vasfı hakkında hataya düşmüşlerse bu hatadan yararlanırlar(TCK. m.30/f.2). Buna göre, suça azmettiren veya yardım eden şerikler, failin rahim tahliye yetkisine sahip olmadığı halde olduğunu veya tam tersini zannederek hataya düşmüşse failin sıfatından kaynaklanan ağırlatıcı sebep bu kimseler hakkında uygulanmaz.

İştirakin varlığından bahsedebilmek için suça en azından teşebbüs edilmelidir (TCK. m.40/ f.3). Suçun icrasına başlanmadıkça, azmettirme veya yardım etmekten kişilerin ceza sorumluluğu doğmaz. Ancak, kişinin şerikliğinin kabulü için hareketinin mutlaka icra hareketi içinde yer alması gerekmez, suçun hazırlık hareketleri niteliğini taşıması yeterlidir.

⁵⁵⁰ Tezcan/Erdem/Önok, 313.

Suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, sadece gönüllü vazgeçen fail gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümden yararlanır, diğer şerikler hakkında bu hükümler uygulanmaz.

3. İçtima

Çocuk düşürtme suçlarında kadının beden veya ruh sağlığının zarar görmesi veya kadının ölmesi, netice sebebiyle ağırlaşmış halleri oluşturmaktadır. Bu haller, bileşik suç niteliği taşır (TCK.m.42). Gerçek içtima hükümleri uygulanmaz (TCK.m.42, cümle 2). Failin, çocuk düşürtmeye yönelik hareketiyle meydana gelen ağır neticelerden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirinin bulunması gerekmektedir. Şu halde, failin hem çocuk düşürtmek hem de taksirle yaralama veya taksirle öldürme suçlarından ayrı ayrı sorumluluğuna gidilerek verilen cezaların içtima ettirilmesi değil; çocuk düşürtme suçundan ceza tayini ve gerçekleşen suçun nitelikli haline ilişkin hükmün uygulanması gerekir.

Ancak, failin çocuk düşürtme suçlarının netice sebebiyle ağırlaşmış halleri bakımından kastı veya olası kastı bulunuyorsa fikri içtima kurallarının uygulanması gerekir. Fail işlediği bir fiille, birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet vermişirse, en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılır (TCK.m.44). Bu madde gereğince; hem çocuk düşürtme suçunun nitelikli hallerine, hem de insan öldürme suçunun nitelikli hallerine ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelir, fakat fikri içtima hükmü uyarınca fail, cezası daha ağır olan kasten insan öldürme suçunun nitelikli haline göre sorumlu tutulur.

Aynı şekilde, fail, çocuk düşürtme suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış halleri olan “gebe kadının beden veya ruh sağlığının zarara uğraması “ yönünde olası kast veya kastla hareket etmişse, hem çocuk düşürtme suçunun nitelikli halini, hem de kasten yaralama suçunun nitelikli halini tek bir fiille gerçekleştirmiş olacaktır. Bu durumda da, fikri içtima kuralları gereğince (TCK.m.44) en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılır⁵⁵¹.

⁵⁵¹ Tezcan/Erdem/Önok,311; Yazarlara göre; annenin tam göbeğinden bıçaklanması anneye yönelik yaralama fiili oluşturacağı gibi, tek failin bulunması durumunda fikri içtima esasından hareket edilebilir.

Çocuk düşürtme suçlarının zincirleme suç şeklinde işlenmesinin mümkün olduğu savunulmakla beraber, bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Suçla korunan hukuki yarar ve mağdura ilişkin görüşlerin, suçların içtimaina önemli biçimde yansıdığı görülmektedir. Çocuk düşürtme suçlarında mağduru gebe kadın sayan ve cenini suçun konusu olarak değerlendiren bakış açısıyla, cenini de mağdur kabul eden bakış açısı suçların içtimaina ilişkin ulaştıkları sonuçlar bakımından ayrılmaktadır. Keza, suçun hareket, netice unsuru ve fiil kavramının farklı anlaşılması, suçların içtimainda değerlendirme ve ulaşılan sonuçlarda farklılık yaratmaktadır.

Bir görüş, cenini kişi ve mağdur değil, suçun konusu sayması sebebiyle TCK. m.43/1 hükmüne göre, kadının farklı zamanlardaki gebeliklerini aynı kararla sonlandırma fiillerini zincirleme suç kabul etmektedir⁵⁵². Birden fazla kadının çocuğunu tek hareketle düşürten kişinin fiilinin zincirleme suç olduğu ileri sürülmüştür. Karşı görüş ise, zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi için “suçun aynı kişiye karşı işlenmesi zorunluluğu arandığı, doğmamış çocuğun kişi olarak kabul edilmesi mümkün olmadığı için zincirleme suç kurallarının uygulanabileceği ileri sürülebilirse de, bu suçların kişilere karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi nedeniyle, farklı zamanlarda işlenen birden fazla çocuğu düşürtmeye yönelik fiiller arasında zincirleme suç kurallarının

⁵⁵² Kanbur, 1254; Özbek/ Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 351; Yazarlar, bir hayat kadınının hekimle anlaşarak on haftayı aşan gebeliklerini birden fazla sonlandırmasında; genelev işletmecisinin yanında çalışan hayat kadınlarının doğum yapmalarını engellemek için çocuk düşürme fiillerini bir suç işleme kararı çerçevesinde işlemesi halinde, “zincirleme suç başlığını taşıyan “TCK.m. 43/ f.1’in ; “ Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda olsa bile bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak, verilen bu ceza dörtte birden yarıya kadar artırılır...” hükmü kapsamında değerlendirmektedir. Buna karşılık, birden fazla kadına aynı anda ilaç vermek suretiyle çocuklarının düşürtülmesi, TCK. m. 43/ fıkra 2’nin; “...suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır” hükmü uyarınca zincirleme suç oluşturduğunu kabul etmektedir. Öte yandan, çoklu gebeliklerin sonlandırılmasında, düşürülen cenin sayısı fazla olmasına rağmen, mağdurun ve suçun tek olması sebebiyle zincirleme suçun bulunmadığı, zararın ve tehlikenin ağırlığı sebebiyle TCK.m.61 hükmü gereğince temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınır” demektedirler. Karşı görüş için bkz. Tezcan/ Erdem /Özok, 312 vd; Önder, 187.

uygulanamayacağı” kanaatindedir. Kaldı ki, böyle bir durumda failde aynı suçu işleme kararının varlığından da söz edilemeyeceği belirtilmiştir⁵⁵³.

Çoğul gebeliklerde çocuk düşürme suçunun işlenmesi doktrinde suçların içtimaı açısından tartışılmıştır. Erman’a göre; kadın birden fazla çocuğa gebe olup da aynı ameliye sonucu hepsi düşürülmüşse çocuk adedince suç işlenmiş olmayıp, tek suç bulunmaktadır; çünkü çocuklardan birinin düşürülüp diğerinin düşürülmemesi tıbben imkansızdır. Bir suçu işlerken diğerini de işlemenin zorunlu olduğu hallerde muhtelit (karma) suç bulunur ve tek suç işlenmiş sayılır. Bu zorunluluk fiilin müteselsil suç sayılmasını engeller, çünkü suç işleme kararında birlik sebebiyle tek suç muamelesi gören çeşitli suçlardan birini işleyen kimsenin diğerini de işlemesinde zorunluluk yoktur⁵⁵⁴.

Fiilin çoğul gebeliklerde kadına karşı işlenerek çocukların düşürülmesi de, bir fiille birden çok kişiye karşı aynı suçun işlenmesi olarak değerlendirilerek zincirleme suç kabul edilmektedir (TCK. m.43/ f. 2)⁵⁵⁵. Bu görüşün çelişki içerdiği ileri sürülmüştür⁵⁵⁶.

Bu konudaki bir diğer görüş; ceninin ceza hukuku anlamında kişi olmadığına dikkat çekmekte, kişilere karşı işlenen suçlarda uygulanan bir hükmün, ceza hukukunca daha az korunan varlıklar bakımından uygulanmamasının kabul edilemeyeceği; yine TCK. m. 43/3’te birden fazla kişiye karşı işlenen kasten öldürme ve yaralama suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağına düzenlendiği, fakat çocuk düşürme suçları bu fıkra kapsamında sayılmadığı için adil olmayan bir sonuca yol açtığı değerlendirilmiştir. Yazar, çoklu gebelik sonlandırmalarda her ne kadar hareket tek ise de, neticenin ve fiillerin çokluğu nedeniyle failin kastının

⁵⁵³ Önder, 187; Tezcan/ Erdem / Özok, 314; Kurt, 79; Karşı görüş için bkz. Kanbur, 1254; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 351; Krş. Dönmez, 128.

⁵⁵⁴ Erman/Özek, 205.

⁵⁵⁵ Tezcan/ Erdem/ Önok, 313.

⁵⁵⁶ Dönmez, 128.

bulunması halinde birden fazla çocuk düşürtme suçundan ayrı ayrı ceza tayini gerektiği kanaatindedir⁵⁵⁷.

Çocuk düşürtme suçu, tek bir hareketle işlenebileceği gibi, zamana yayılan birçok hareketin icrası suretiyle de işlenebilir. Bu hareketler, çocuk düşürmeye yönelik icra hareketleri olması sebebiyle zincirleme suç olarak nitelenemez. Gebe kadın üzerinde çocuk düşürmeye yönelik hareketle rahmin kısmen tahliye edilmesi sebebiyle, tamamen temizlenmesi için daha sonra müdahalelerde bulunulması zincirleme suç oluşmaz; bütün bu fiiller tek bir suç oluşturur⁵⁵⁸.

Öğreti ve uygulamayı öteden beri meşgul etmiş bir diğer sorun da; çocuk düşürtmeye yönelik hareket sonucunda ana rahminden canlı olarak ihraç edilen ceninin öldürülmesi veya ölüme terk edilmesi halidir.

Bu konuda, hem çocuk düşürme hem de insan öldürme suçlarının oluştuğunu; buna karşın fiilin doğal bütünlük taşıdığından bahisle yalnız çocuk düşürtme suçunun veya yalnız insan öldürme suçunun oluştuğunu kabul eden görüşler bulunmaktadır. Yine, ana rahminden canlı olarak ihraç edilen ceninin yaşama kabiliyetinin bulunması şartını ileri sürenler olduğu gibi; ihmali hareketi yeterli sayan, çocuk düşürtme sonucu canlı olarak dünyaya gelen çocuğun öldürülmesine yönelik icrai bir hareketin bulunması gerektiğini belirten görüşler bulunmaktadır.

Belirtilen bu duruma örnek teşkil eden bir olayda Yargıtay Ceza Dairesi : “Gayrı meşru olarak gebe kalan kadının yedi aylık çocuğunu, namusunu kurtarmak için rızasıyla düşüren ve düşürten, sonra da yaşayabilecek durumda bulunan bu çocuğu öldüren suçlunun hareketini bir fiil saymak icap ederken, suçluya hem çocuk düşürmekten hem de çocuk öldürmekten ayrı ayrı ceza verilmesi yolsuzdur” şeklinde karar vermiştir⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ Hakeri, (2012) 711.

⁵⁵⁸ Önder, 188.

⁵⁵⁹ Y. 1. CD. 24. 6. 1937; nakleden Önder, 187; Hakeri, 712.

Yargıtay kararına konu bu olay öğretide değerlendirilmiş; burada, geçitli suçun bulunduğu ve kararın isabetli olduğu belirtilmiřtir⁵⁶⁰. Diğer bir yazara göre, olayın gösterdiği somut zelliğ göz önünde bulundurulmalı, yaşama kabiliyeti olsun veya olmasın, canlı olarak doğan çocuğun ocuk düşürücü eylemlerin bir devamı olarak öldürülmesi halinde failin ocuk düşürtme, aksi halde hem ocuk düşürtmek hem de çocuğun öldürülmesi suçlarından cezalandırılması gerekir⁵⁶¹.

Yabancı lke ceza hukuklarında da bu sorun tartişılmıştır. Avusturya hukukunda, ocuk düşürme ve yeni doğan çocuğun öldürülmesi suçlarında farklı hukuki yararlar korunduğundan, tek suçun değil iki suçun bulunduğu kabul edilmektedir. Alman hukukunda ise, böyle bir olayda tek suçun olduğunu savunanlar görüşler ve iki suçun bulunduğunu ileri sürenler görüşler vardır. İsviçre hukukunda ise bir görüşe göre; ocuk düşürmeye yönelik hareket sonucu yaşama kabiliyeti olan çocuğun canlı olarak ana rahminden ihraç edilmesinin hemen akabinde öldürülmesi halinde, ocuk düşürmeye yönelik hareketin devamı kabul edilecektir. Buna karşı olan diğer bir görüş ise; ocuk düşürme hareketi sonunda ocuk ana rahminden ayrıldığına ve ölmediğine göre, ocuk düşürmeye teşebbüs ve doğduktan sonra öldürülmesi ise insan öldürme olarak kabul edilerek, cezaların içtimai uygulanması gerektiğini belirtir. Böyle bir durumda iki bağımsız suç bulunmakta ve fail ocuk düşürme kastını taşıyan hareketleriyle çocuğu dşrtmiş; ancak ocuk sağ olarak rahim dışına ihraç edildikten sonra yeni bir kastla hareket ederek çocuğu öldürmüştür. şu halde failin, önce ocuk düşürtmeye yönelik kastı bulunmakta ve çocuğun canlı olarak rahim dışına ihracının ardından yeni bir kastla çocuğu öldürmektedir. Kısaca, birbirinden bağımsız iki ayrı kast; iki ayrı hareket ve netice bulunmaktadır. Suçların itimainı ilişkin olarak tartişılan bu olayda çeşitli görüşler bulunmakta; kast, kastta birlik ve korunan hukuki yarar üzerinden gereklendirilerek aıklanmaktadır⁵⁶².

⁵⁶⁰ Dönmezer, 219; Hakeri, 712.

⁵⁶¹ nder, 187; Hakeri, 712.

⁵⁶² Aktarılan bu görüşler için bkz. nder, 187.

VI. Suça Tesir Eden Nedenler

1. Genel Olarak

765 sayılı TCK. nun aksine, yürürlükteki 5237 sayılı Kanun'da suça tesir eden herhangi bir hafifletici neden öngörülmemiştir⁵⁶³.

Çocuk düşürtme suçlarında fiilin, 1) kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğraması; 2) kadının ölümüne neden olması; 3) yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halleri ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmiştir.

Bu ağırlatıcı sebeplerden ilk ikisinde, suçun netice sebebiyle ağırlatılmış hali söz konusudur (TCK. m.99/ f.3 ve 4). Diğerinde ise, failin niteliği göz önünde bulundurulmuş, çocuk düşürtme fiilinin yetkisi olmayan kişilerce işlenmesi ağırlatıcı sebep sayılmıştır.

Gebe kadın bakımından bu ağırlatıcı sebepler uygulanmaz. Bu ağırlatıcı sebepler gebe kadın dışındaki kişiler bakımından uygulama sahası bulur.

Suç teşebbüs halinde kalsa dahi, ağırlatıcı sebep uygulanır. Ağırlatıcı sebebin uygulanması için suçun tamamlanması gerekmez⁵⁶⁴.

2. Kadının Beden veya Ruh Sağlığı Bakımından Zarara Uğraması

Çocuk düşürtme fiili gebe kadının beden veya ruh sağlığına zarar vermişse, bu hal suçun netice sebebiyle ağırlatılmış şekli olarak düzenlenmiş ve faile verilecek cezanın ağırlatılacağı öngörülmüştür.

Beden veya ruh sağlığında zarar, kadının sağlığının bozulmasıdır. Kadının fiilden önceki durumuna göre beden veya ruh sağlığında kötüleşmeyi ifade eder. Beden veya ruh sağlığı yerinde olan bir kişinin sağlığının bozulması

⁵⁶³ 765 s. TCK. m. 472, "...Kendisinin ve akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için işlenmiş ise, verilecek ceza yarıdan üçte ikiye kadar indirilir."

⁵⁶⁴ Erem, 497: "Her ne kadar, kadının ölümü (genelde) ceninin ölümüne sebebiyet verirse de, kadının bedensel veya ruhsal zararında hal böyle değildir ve fiil ağırlatıcı sebepli çocuk düşürtmeye teşebbüstür. Ayrıca, yetkisiz kişinin çocuk düşürtmeye teşebbüsü halinde de bu ağırlatıcı sebep uygulanacaktır."

veya zaten var olan böyle bir durumun daha da kötüleşmesine neden olunması halinde ağırlatıcı sebebin gerçekleştiği kabul edilir. Ayrıca, kadının beden veya ruh sağlığındaki zararın kalıcı olması gerekmez; zararın geçici bir süre devam etmesi yeterlidir⁵⁶⁵.

Kadının beden veya ruh sağlığının zarar görmesiyle çocuk düşürme fiili arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Ancak, failin bu neticeyi istemiş olması aranmaz. Çocuk düşürme fiilinin kadının beden veya ruh sağlığını zarara uğratabileceği öngörülebilir bir husustur. Bu nedenle netice sebebiyle ağırlanmış bu halin faile isnat edilebilmesi için taksiri yeterlidir⁵⁶⁶. (TCK. m.23). Fiili ağırlatıcı sebep olması dolayısıyla, işirakte bağıllık kuralı gereği şerikler de bu neticeden sorumludur (TCK. m.40).

Kadının beden veya ruh sağlığının zarara uğradığı uzman hekimlerce tespit edilebilecek bir husustur.

3. Kadının Ölümü

Çocuk düşürmeye yönelik fiilin kadının ölümüne neden olması, suçun netice sebebiyle ağırlanmış hali olarak düzenlenmiştir.

Çocuk düşürmeye yönelik fiil ile kadının ölümü arasında nedensellik bağı bulunmalıdır⁵⁶⁷. Netice sebebiyle ağırlanmış bu halin faile isnat edilebilmesi için

⁵⁶⁵ Keskin Kızıroğlu, 176.

⁵⁶⁶ Erem, 497; Dönmez, 131; Keskin Kızıroğlu, 176; Bkz. Donay/Kaşıkçı, Türk Ceza Kanunu, İstanbul 2005, 36, TCK. m.23'e ilişkin açıklamalar.

⁵⁶⁷ "Çocuğun düşürülmesi sebebiyle vuku bulan peritonit yüzünden kadının ameliyat edilmesi neticesinde ölmesi halinde de, çocuk düşürme ile ölüm arasında illiyet bağı mevcuttur." (lt. Ygt., 16 Kasım 1942); "Düşürmenin neticelerini bertaraf etmek maksadıyla cerrahi ameliyenin yapılmasından doğmuş olsa bile, ölümün sebebi çocuğun düşürülmüş olmasıdır" (lt. Ygt., 10 Aralık 1960); "Yaygın peritonitin sebebiyet verdiği toksik durum yüzünden, çocuğu düşürülen kadının zatürreeden ölmesi halinde, peritonitin bağırsak ve üreter cidarının düşürme sırasında delinmiş olmasından ileri gelmesi halinde, düşürücü hareketlerle ölüm sonucu arasındaki illiyet bağı kesilmiş olmaz" (lt. Ygt. 14 Kasım 1949). –Manzini, 2679 no. 11 ve 12; Nakleden, Erman/Özek, 202, dn. 35.

taksiri yeterlidir (TCK. m.23)⁵⁶⁸. Fiili ağırlatıcı sebep olması dolayısıyla, işirakte bağıllık kuralı gereğı şerikler de bu neticeden sorumludur (TCK. m.40).

Fail anneyi öldürmeye yönelik bir kastla hareket etmişse çocuk düşürtme suçunun nitelikli halinden değıl, kasten insan öldürmenin nitelikli hali olan “suçun gebe kadına karşı işlenmesi” hükmüne göre cezalandırılması gerekir⁵⁶⁹(TCK. m.82/ f.1).

4. Yetkisiz Kimse Tarafından İşlenmesi

Rahim tahliyesine yetkisi olmayan kişiler tarafından çocuk düşürtme suçlarının işlenmesi fail yönünden ağırlatıcı neden sayılmıştır (TCK. m. 99/5). Burada, gebelik sonlandırmaya kimlerin yetkili olduğunun belirlenmesi gerekir. Nüfus Planlaması Kanunu'nun m. 5'in verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunca çıkarılan Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzükle düzenlenmiştir⁵⁷⁰.

Tüzüğe göre, on haftayı geçmeyen gebeliklerde istek üzerine rahim tahliyesi yapmaya, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı hekimler yetkilidir (m.3, f.2). Ayrıca, Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlilik belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapmaya yetkilidir (m.3, f.3). On haftayı geçen gebelikte rahim tahliyesine kadın hastalıkları ve doğum uzmanı hekim yetkilidir (m.5, f.2). Belirtilen bunun dışındaki kişiler tarafından gebeliğı sonlandırmaya yönelik fiillerin işlenmesi halinde ağırlatıcı sebep uygulanacaktır.

TCK. m.99, f.5, 2. cümlesinde, “Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğere fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiğı takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılarak hükmolunur.” demektedir.

⁵⁶⁸ Tezcan/Erdem/Önok, 314; Keskin Kiziroğlu, 176; Dönmez, 132.

⁵⁶⁹ Tezcan/Erdem/Önok, 314; Dönmez, 132; Keskin Kiziroğlu, 176.

⁵⁷⁰ 18.12.1983 tarih ve 18255 sayılı RG.

Yetkisiz kişiler tarafından işlenen çocuk düşürtme suçlarında, kadının sağlığının daha ağır bir tehlikeye maruz kalacağı düşüncesiyle fiile daha ağır ceza yaptırımını tayin edilmiştir⁵⁷¹.

Gebe kadının rızası olsun ya da olmasın yetkisiz kişilerce gerçekleştirilen çocuk düşürtme fiillerinde bu ağırlatıcı sebep uygulanır. Ancak bu hal, yetkisi olmayan üçüncü kişiler bakımından ağırlatıcı sebep sayılmıştır. Rızasıyla çocuğunu düşürten kadın (TCK. m.99, f.2, cümle 2) bakımından uygulanmaz.

5. Cezasızlık Nedeni (TCK m. 99/6)

5237 sayılı TCK'nun 6. fıkrası: "Kadının mağdur olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir." hükmünü sevk etmiştir. Bu hüküm, 5237 s.lı TCK ile getirilmiş yeni bir düzenlemedir. Kriminolojik indikasyon ya da suç indikasyonu olarak adlandırılan bu neden, özel bir zorunluluk hali olarak nitelendirilmiştir⁵⁷². Alman Hukukunda bu hal, hukuka uygunluk sebebi olarak nitelenir⁵⁷³.

Hükmün uygulanabilme şartları; a) gebeliğin kadının mağduru olduğu bir suçtan kaynaklanması, b) gebelik süresinin yirmi haftayı aşmaması, c) gebeliğin sona erdirilmesine kadının rızasının bulunması, d) gebeliğin sonlandırılması müdahalesinin uzman hekim tarafından hastane ortamında gerçekleştirilmesidir.

⁵⁷¹ Tezcan/Erdem/Önok, 314; Dönmez, 133; Keskin, Kiziroğlu, 176; Yazar, bu hükmü, eleştirmiştir. Yazara göre, yetkisiz kişilerce rahim tahliyesine girişilmesi gebe kadının sağlığı açısından somut tehlike yaratmışsa fiil suç sayılmalıdır. Yetkisiz kişinin rahim tahliyesi girişimi gebe kadın için somut tehlike yaratmamışsa idari yaptırımla karşılanmalıdır. Bu hal, son çare olarak başvurulması gereken Ceza Hukukunun kapsamı dışında kalmalıdır. Aksinin kabulü, Ceza Hukukunda yer bulmaması gereken soyut tehlike suçu olarak değerlendirilebilmesine yetkisiz kişilerce rahim tahliyesi girişimini soyut tehlike suçu olarak değerlendirilebilmesine olanak verebilecek şekilde kaleme alınmıştır. Yasa koyucu, söz konusu durumda böyle bir tehlikeyi var saymış görülmektedir.

⁵⁷² Rengier, 87; Hakeri, Tıp, 463; Otacı, 40; Gökcan, 615.

⁵⁷³ Haft, 133.

Kanun koyucu hükümde, gebeliğin kadının mağduru olduğu bir suç sonucu oluşmasını aramıştır. Gebelik, suç teşkil eden bir fiil mahsulü olmalı ve kadın da bu fiilin mağduru olmalıdır⁵⁷⁴. Hükme göre, fiilin ceza kanunlarına göre suç teşkil etmesi gerekir. Burada failin kimliği, kadının eşi veya bir başkası olması önem taşımaz⁵⁷⁵.

TCK m. 99/6 hükmünde öngörülen bu hal, genellikle cinsel saldırı (TCK m.102) , çocukların cinsel istismarı (TCK m.103), reşit olmayanlarla cinsel ilişki (TCK m.104) suçlarının kadın aleyhine işlenmesi suretiyle oluşan gebeliklerde karşımıza çıkar. Ancak, kadının gebe kalmasını sonuçlayan fiilin belirtilen suçlardan biri olması da gerekmez⁵⁷⁶. Bu hal, kadın aleyhine işlenen diğer bir suçla⁵⁷⁷, örneğin kadının rızası dışında eşine ait olmayan spermle yapay dölleme, hileli evlenme sonucu oluşan gebeliklerde veya fuhşa sevk edilen kadının gebeliğinde söz konusu olabilir. Buna karşılık, yetişkinler arasındaki ensest ve zina sonucu oluşan gebelikler söz konusu hüküm kapsamında değerlendirilmez.

TCK m.99/6 hükmünün uygulanmasında en büyük sorun kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kaldığının kim tarafından ve nasıl belirleneceğidir⁵⁷⁸.

Buradan hareketle hüküm, öğretide uygulanabilirlik koşullarının yeterli açıklık taşımadığı, uygulamada tereddüt oluşturacağı, kötüye kullanılabileceği, nedeni belirsiz keyfi bir düzenleme olduğu belirtilerek eleştirilmiştir⁵⁷⁹.

⁵⁷⁴ Malkoç, İ., Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, c.II, Ankara 2013, 1562; Yazar bu duruma örnek olarak; 15 yaşından küçük erkek öğrenciyle ilişkisi sonucu gebe kalan öğretmenin suçun mağduru değil, faili olması sebebiyle bu hüküm kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.

⁵⁷⁵ Otacı, 40.

⁵⁷⁶ Otacı, 41.

⁵⁷⁷ Malkoç, 1562.

⁵⁷⁸ Tezcan/ Erdem / Önok, 315; Keskin Kızıroğlu, 182.

⁵⁷⁹ Tezcan / Erdem / Önok, 315; Hafizoğulları/ Özen, 146; Hakeri, Tıp, 463; Ünver, 132; Keskin Kızıroğlu, 182-183; Dönmez, 137; Otacı, 40 vd.

Doktrindeki bir görüşe göre, hüküm gebeliğinin suçtan kaynaklandığının kadının beyanına dayanılarak kabulüne yol açar. Kötüye kullanılmasına karşı herhangi bir düzenleme yoktur. Bu hüküm, on haftayı aşmayan gebeliğin rızaya dayanarak sonlandırılma süresini, yirmi haftaya çıkarmıştır. Bu nedenle, savcı - hakim müdahalesini ve suç tespitini güvenceye alan bir düzenlemenin eklenmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁸⁰.

Kadının, mağduru olduğu suç sonucu oluşan gebeliğine rızasıyla hekim tarafından son verilebilmesi için en azından soruşturma makamlarına şikayet yada ihbarının bulunması, hekimin tek başına karar vermemesi gerektiği de savunulmaktadır⁵⁸¹.

Bir diğer görüşe göre, gebeliğin kadının mağduru olduğu bir suçtan kaynaklandığının mahkeme tarafından tespiti gerekir. Soruşturma sırasında Sulh Ceza Mahkemesinin, kovuşturma sırasında ise yetkili mahkemenin TCK m.99/6 hükmünün uygulanma şartlarının bulunup bulunmadığına delil durumuna göre karar vermelidir⁵⁸².

Buna karşılık, öğretideki diğer bir görüşe göre; hükümde kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kaldığına kimin karar vereceğine dair açıklık olmaması, eksiklidir. Bu konuda kesinleşmiş mahkeme kararının aranması, hükmü uygulanamaz duruma getirme tehlikesi taşır⁵⁸³. Kadının gebeliğinin yirmi haftalık süresi dolmadan önce ceza yargılama sürecinin kesin hükümle bitmesi, kadına karşı aleyhine işlenen suç sonucu gebe kaldığının sabit olması pek çok olayda gerçekleşemez⁵⁸⁴.

Benzer hüküm taşıyan Alm. CK § 218 a / (3) göre, kesin bir mahkeme hükmünün aranmadığı, mağdurun aleyhine işlenen suç nedeniyle gebe

⁵⁸⁰ Ünver, Y., Hekimin Cezai Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri, 1. Baskı, İstanbul, 2007, 132.

⁵⁸¹ Hakeri, 465.

⁵⁸² Otacı, 43.

⁵⁸³ Keskin Kızıroğlu, 183; Dönmez, 134.

⁵⁸⁴ Keskin Kızıroğlu, 183.

kaldığının hekim tarafından kuvvetle muhtemel görmesinin, bu hukuka uygunluk sebebinin kabulü için yeterli sayıldığı belirtilmiştir⁵⁸⁵.

Öğretide suç mağduru kadının, psikolojisi ve ülkemizin sosyolojik gerçekleri, suçu adli makamlara bildirmeyi istememe, işbirliği yapmama ihtimali de nazara alınarak, hekimin, mağdurun beyanına dayanarak gebeliğin suç sonucu meydana geldiğine kanaat getirmesinin, inandırıcı bulmasının yeterli olduğu savunulmuştur⁵⁸⁶. Bu konuda hekimin tıbbi kanaatine itibar edilmesi, kadının mağduru olduğu suç sonucu gebe kaldığına dair şüphenin yeterli sayılması gerektiği belirtilmiştir⁵⁸⁷.

TCK m.96/6 hükmünün uygulanabilmesi için gebelik süresinin yirmi haftayı aşmaması gerekir. Kanun hazırlık çalışmalarında Adalet Komisyonunda kabul edilen metinde bu süre yirmi dört hafta olarak kabul edilmişken, yirmi hafta olarak yeniden düzenlenerek kanunlaşmıştır. Gerekçede açıklama bulunmamakla beraber, Adalet Komisyonunda fıkra üzerindeki tartışmalarda, gebeliğin yirmi dördüncü haftasında ceninin uyarılara tepki vermeye başladığı ve doğarsa yaşama şansının yüksek olduğu belirtilmiştir⁵⁸⁸. Kanunlaşan metinde sürenin kısaltılarak yirmi hafta olarak kabul gerekçesi bundan kaynaklanmaktadır⁵⁸⁹.

TCK m. 99/6 hükmünün uygulamasında, yirmi haftayı geçmeyen gebeliklerin sonlandırılması için gebe kadının rızası yeterlidir. Kadın evli ise ayrıca eşinin rızası aranmaz.

Gebe kadın, geçerli şekilde rıza beyan edemeyecek durumda ise yasal temsilcisinin rızası yeterli sayılmak gerekir. Gebe kadının rızasının geçerliliği için, fiil ehliyeti gerekli değildir. Mağduru olduğu suç sebebiyle gebeliğinin son

⁵⁸⁵ Keskin Kızıroğlu, 183.

⁵⁸⁶ Kurt, 82; Malkoç, 1562.

⁵⁸⁷ Tezcan/Erdem/Özok, 316.

⁵⁸⁸ Adalet Komisyonu müzakerelerinde bu görüş Canan Arıtman tarafından ileri sürülmüştür.

⁵⁸⁹ Bkz. Otacı, 43; Krş. Keskin Kızıroğlu, 183.

verilmesine rızasının anlam ve önemini kavrayabilecek ve somut olayın özelliklerine göre makul karar verebilecek kabiliyette olması yeterlidir⁵⁹⁰.

TCK. m. 96/6 hükmüne göre; gebeliğe son verme müdahalesinin uzman hekimler tarafından hastanede yapılması gerekir. Gebeliği sonlandırma müdahalesinde tıp biliminin gereklerine uyulmalıdır. Hükümdeki bu şart gebe kadının yaşam ve sağlığını korumak içindir. Gebe kadının, böyle bir durumda gebeliğine bizzat kendi fiiliyle son vermesi durumda cezalandırılmaz. Ancak, gebe kadının rızasıyla olsa dahi uzman hekim olmayan kişiler tarafından gebeliğin sona erdirilmesi bu kişilerin ceza sorumluluğunu gerektirir⁵⁹¹.

VII. Yaptırım

Çocuk düşürtme suçlarında yaptırım, her bir suç tipinin ağırlık derecesine göre saptanmıştır. Yetkili kişilerce, rızası olmaksızın kadının çocuğunun düşürtülmesi suçu **beş yıldan on yıla kadar** hapis cezasını gerektirir.

Yine yasada, yetkili kişilerce, tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla bir kadının çocuğunun düşürtülmesi suçu iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası gerektirir. Bu durumda çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya para cezası verilir.

Buna karşılık, yetkisiz kişilerce işlenen gebelik süresi on haftayı aşmayan kadının rızasıyla çocuğunu düşürtme suçunda **iki yıldan dört yıla** kadar hapis cezası sevk edilmiştir.

Maddenin ilk dört fıkrasında tanımlanan çocuk düşürtme suçlarının yetkisiz kişilerce işlenmesi durumunda, bu fıkralara göre verilecek cezanın, **yarı oranında artırılarak verileceği** düzenlenmiştir (TCK. m.99/5).

⁵⁹⁰ Tezcan/Erdem/Önok, 309.

⁵⁹¹ Aksi yöndeki görüş için bkz. Hafızoğulları/Özen, 145-146; yazarlara göre, “mağdur olduğu bir suç sonucu gebe kalan kadının, rıza göstererek yirmi haftadan önce, hastane ortamı dışında, uzman olsun veya olmasın, bir kimseye rahmini tahliye ettirirse, kanunilik ilkesi gereği rahmi tahliye eden kimsenin fiili suç olmaz.”

C. ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇU

I. Yasal Düzenleme

TCK. m.100'de, çocuk düşürme suçu **“gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi”** şeklinde tanımlanmıştır.

Bu hükümlerle, bizzat gebe kadının çocuğunu düşürmesi fiili cezalandırılmaktadır.

5237 sayılı TCK.'nin yürürlüğe girmesinden önce bu suç, 765 sayılı TCK.'nin 469. maddesinde düzenlenmekteydi. Her iki hüküm karşılaştırıldığında, 5237 sayılı Ceza Kanununun 100. maddesinde çocuk düşürme suçu için öngörülen yaptırımın lehe olduğu görülmektedir⁵⁹².

Kanun koyucu TCK. 100. maddesinin gerekçesinde, çocuk düşürme suçuna gerek TCK. m.99'daki gebe kadın dışındaki kişilerin çocuk düşürtme suçları, gerek 765 s.lı TCK. m.469'daki çocuk düşürtme suçuna oranla daha az ceza tayinine ilişkin bir açıklama yapmamıştır. Öğretide, gebe kadın, çocuk düşürtme suçlarındaki yetkisiz kişi konumunda olup, çocuk düşürme suçunda gebelik on haftayı aşmış bir cenine karşı işlenmektedir. Bu itibarla çocuk düşürme suçunda gebe kadına, çocuk düşürtme suçlarına ve 765 s.lı TCK.'nin 469. maddesinde düzenlenen çocuk düşürme suçunun yaptırımına nispetle daha az ceza öngörüldüğü, kanun koyucunun, böyle bir ayrımı dayanak göstermeksizin yapmasının yerinde olmadığı belirtilmiştir⁵⁹³.

TCK. m.100'deki çocuk düşürme suçunun düzenlemesine öğretide yöneltile bir diğer eleştiri; bu düzenlemenin mantığının anlaşılmasının güç olduğu yönündedir. İlk, fiilin iştirak halinde ve müşterek faillik kapsamında işlenmesi halinde, her iki faile de aynı cezanın verilmesi gerektiği halde kanunun farklı cezalar öngördüğü; ikincisi de, çocuğunu düşüren ya da düşürten kadına üçüncü kişilere oranla daha fazla ceza tayin edilmesi gerektiği; çünkü annelik

⁵⁹² 765. s.lı TCK., m. 469'da, çocuk düşürme suçu için bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Yürürlükteki 5237 s.lı TCK., m.100'de, çocuk düşürme suçu için bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verileceği öngörülmüştür.

⁵⁹³ Özbek/Kambur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 353.

hissi gibi şefkatin doruk noktasını ifade eden manevi durumun adeta yok edilerek toplum için çok ciddi tehlike arz edecek şekilde evladını öldüren kişinin ruh halinin şefkate tabi tutularak indirim nedeni sayılmasının kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu nedenle, gebe kadının ve diğer kişilerin çocuk düşürme fiillerine aynı cezanın verilmesinin yerinde olacağı, hatta anneye daha fazla ceza verilmesi gerektiği savunulmuştur⁵⁹⁴. Kanaatimce bu görüşler, çocuk düşürtme suçunun türleri, türlere göre değişen korunan hukuksal yararlardaki değişmeyi yine, çocuk düşürtme ile düşürme fiillerinin korunan hukuki yararlarının aynı olmamasını yeterince göz önünde bulundurmamaktadır.

765 s.lı TCK.'nın 469. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, gebe kadını çocuk düşürmeye yarayacak vasıta tedarik etmek suretiyle çocuğu düşürmeye tahrik eden kişinin cezalandırılmasına yönelik suça iştirake ilişkin özel düzenlemeye, 5237 s.lı TCK.'da yer verilmemiştir. Gebe kadın çocuk düşürme suçunu işlemiş olmasa dahi, vasıta tedariki suretiyle bu suçu işlemeye teşvik eden kişinin cezalandırılması artık mümkün değildir. Bu nedenle çocuk düşürmeye iştirak genel hükümlere göre belirlenir⁵⁹⁵.

Kanaatimce, 5237 s.lı TCK.'nın çocuk düşürtme ve düşürme suçlarının ayrı düzenlenmesi; bu suçu işleyen gebe kadına suçun faili diğer kişilere oranla daha az yaptırım öngörülmüş olması yerindedir. Kanun koyucu, çocuk düşürtme fiilinin haksızlık değerini çocuk düşürmeye nispetle daha ağır olarak değerlendirmiştir. Öte yandan, istemediği gebeliğini sonlandırma yönündeki irade oluşumu ve fiili bizzat gerçekleştirmesi, gebelik nedeniyle kadının ağır bir iç çatışma yaşadığını ortaya koyar. Anneliğe kendini hazır hissetmeyen bir kadında cenine karşı henüz annelik içgüdüğü ve şefkatinin gelişmediği, aksinin kabulünde dahi bunun aşılmasına yol açacak kadar ağır sosyal ve öznel koşullar içinde çocuk düşürme iradesinin oluştuğu, kadının hayatını ve sağlığını riske koyarak fiili bizzat icra ettiği, ağır ruhi ve bedeni neticelerine de katlandığını nazara alınarak, böyle bir düzenlemeye gidildiğini düşünmekteyim.

⁵⁹⁴ Özen, M., 5237 s.lı TCK. Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler, TBB Dergisi, sayı 63, 2006, 100 vd.

⁵⁹⁵ Özbek/Kambur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 354.

1. Suçla Korunan Hukuki Değer

Çocuk düşürme suçu ile öncelikle ceninin gelecekteki yaşam hakkının⁵⁹⁶, gebe kadının hayat ve sağlığının⁵⁹⁷, aile düzeni ve genel ahlakın⁵⁹⁸, devletin nüfus politikasına ilişkin yararların korunduğu belirtilmiştir⁵⁹⁹.

Bunun yanında, çocuk düşürme suçlarının öteden beri suç sayılmaması gerektiğinin savunulduğu da burada belirtilmelidir. Böyle düşünen yazarlara göre, suçun sorumluluğunu failde değil, faili bu fiile sevk eden sebeplerde aramak gerekir. Yeni Malthüsyen teori taraftarları çocuk düşürmeyi kadına hak olarak tanırlar⁶⁰⁰. Hümanist doktrinden hareket eden Erem'e göre, insanlar hayvanlar gibi üreyemez. Bu nedenle insanın üremesi doğa kurallarına terk edilmemelidir. Doğa insanı belli bir yerde yalnız bırakır. Doğaya sığınmak güveni yitirilince insanlık ilkelerine açlık başlar. Doğanın gözünde insan diğer canlılardan farklı değildir. İnsan doğa kurallarından ayrılabilmeyle insanlığını kazanmıştır. Yeni bir kavram karşındayız; "soyunu sürdürebilme özgürlüğü" veya "döllenme özgürlüğü". Bu özgürlük çocuk sahibi olmayı veya olmamayı aynı ölçüde kapsar. Çocuk sahibi olup olmamaya eşler karar verebileceklerdir. Kürtaj konusunda da bu noktadan hareket edilmelidir. Çocuk sahibi olmakta eşlerin iradeleri esas alınmalıdır. Rastlantısal döllenme, sayısız felaketselere yol açabilir. Eşler sosyal, ekonomik yönden, sağlık açısından çocuk sahibi olmayı veya olmamayı saptayabilecek durumdadırlar. Bu konuları, örneğin "nüfus planlaması" ölçüsüne göre çözmek, insanlık açısından haksızdır. Bu düşüncelerle kürtajın yasaklanmaması çağdaş devletin görevlerindedir. Kürtajın serbest olması yeterli sayılmaz. Bunun ana için tehlikesizce

⁵⁹⁶ Tezcan/Erdem/Önok, 306.

⁵⁹⁷ Özbek/Kambur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 354.

⁵⁹⁸ Toroslu, 340; Katoğlu, 279; Erem, 484.

⁵⁹⁹ Yurtcan, 43,45; Erman/Özek, 187 vd.

⁶⁰⁰ Clerc, 42, nakleden Erem, 486.

gerçekleştirilmesini, bu amaçla yalnız tıbbi değil, sosyal yardımlarında esirgenmemesini gerekli görmekteyiz, şeklinde görüş bildirmiştir⁶⁰¹.

Suç politikası açısından isabetli olan bu görüşlere katılmakla beraber, yürürlükteki hukukumuz açısından çocuk düşürme fiilini suç sayan TCK. 100. maddesi ile korunan hukuksal yararı irdelememiz gerekir. Çocuk düşürme fiilinin yasada düzenlenme yeri ve “gebelik süresi on haftayı aşan çocuğunu isteyerek düşüren” şeklindeki tanımı göz önünde bulundurulduğunda; bu suçla korunan hukuki yararın ana karnında belirli bir gelişim evresinden sonra ceninin doğal gelişimini tamamlayarak doğma hakkı olduğu görüşümdedir. Kadının sağlığının, devletin, milletin nüfus siyasetine ilişkin yararlarının tali olduğu ve bu suçta doğrudan korunan hukuki yarar olarak nitelenemeyeceğini düşünüyorum.

2. Fail

Çocuk düşürme suçunda fail, fiili bizzat işleyen gebe kadındır. Yaşı ve medeni hali önemli değildir⁶⁰². Kadın başkaları tarafında azmettirilmiş, yardım görmüş, örneğin belli vasıtaları almış ve nasıl kullanılacağı hususunda bilgi edinmiş olabilir. Fakat çocuk düşürücü hareketleri başkasına yaptırmak şeklinde fiil gerçekleşmişse, artık çocuk düşürme değil, TCK. m.99’da tanımlanan çocuk düşürtme suçu hükümleri uygulanacaktır. Çocuğun düşmesine yönelik hareketler gebe kadın ve bir başkası tarafından birlikte gerçekleştirilmişse, müşterek faillikten söz etmek gerekir. Bu durumda, kadının fiili hem çocuk düşürme, hem de çocuk düşürtme şeklinde tezahür eder ki, gebe kadın bakımından TCK. m.100 ve m.99/2, cümle iki kapsamında değerlendirilebilecek tek bir fiil mevcuttur. Gebe kadın dışındaki müşterek failer bakımından çocuk düşürme fiiline iştirak değil, TCK. m.99’da düzenlenen rızaen çocuk düşürtme suçu gerçekleşir.

Çocuk düşürme suçu, bizzat gebe kadın tarafından işlenmesi gerektiği için özgü suçtur. Çocuk düşürtme suçlarında ceninin yaşam hakkı ve gebe kadının vücut bütünlüğü ile anne olma haklarının birlikte ihlali bulunmasına

⁶⁰¹ Erem, 474, 482, 483.

⁶⁰² Erman/Özek, 207.

karşılık; çocuk düşürmede sadece ceninin yaşam hakkı ihlal edilmektedir. Bu ihlalin gebeliğini sürdürmek istemeyen kadın tarafından işlenmesi, kanun koyucuyu bu fiili ayrı bir suç tipi olarak düzenlemeye, failin durumu ve fiilin haksızlık değerini göz önünde bulundurarak ceza yaptırımını çocuk düşürtme suçlarına oranla daha az saptamaya sevk etmiştir.

3. Mağdur

Bu suçun mağduru cenindir. Gebe kadının rahminde doğal gelişimini sürdüren ve doğma hakkı ihlal edilen cenin, korunan hukuksal yararın sahibidir. Burada Ceza Kanunumuzun Medeni Kanun'un hak ehliyeti ve kişiliğin başlangıcına ilişkin düzenlemesinden ayrıldığı düşünülebilir⁶⁰³.

Öğretide çocuk düşürme suçunda, ceninin henüz kişilik ve hak sahibi bulunmadığı temelinden hareketle, sadece çocuk düşürme fiilinin konusunu oluşturacağı görüşü mevcuttur. Bu görüşe göre, bu suçun mağduru ebeveynlerdir. Fail bizzat gebe kadın olduğuna göre, mağdurluk sıfatı babaya aittir. Anne ve baba fiili birlikte işlemişlerse her ikisinin hem fail hem de mağdur olarak kabulü icap edecektir⁶⁰⁴. Buna karşılık çocuk düşürme suçunda ceninin yaşam hakkı yanında ebeveynlerin üreme hakkı ve neslini sürdürme hakkının, devletin nüfus politikasına ilişkin yararının ve milletin çoğalma hakkının da korunduğu yönündeki görüşler nazara alındığında; babanın, milletin ve milletin örgütlenmiş yapısı olarak devletin mağdur olduğunun kabulü gerekir. Suçla korunan hukuki yarara ilişkin öğretilerde savunulan yukarıda aktarılan görüşlere paralel olarak yazarlar bu suçta mağduru tayin etmektedirler.

II. Maddi Unsur

1. Genel Olarak

TCK. m.100, suçun maddi unsurunu çocuk düşürme şeklinde ifade etmiştir. Bu ifade, failin hem hareketini hem de neticeyi belirtir. Kanun koyucu,

⁶⁰³ Ancak, medeni hukuk öğretisinde hak sahipliği ve kişiliğin başlangıcı için tam ve sağ doğmak şartı üzerinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu şartın geciktirici ve bozucu şart olduğu yolunda tartışmalar sürmektedir.

⁶⁰⁴ Bkz. Yılmaz, 80.

bir çift söz ile hareketi, neticeyi ve hareketle netice arasındaki nedensellik bağıını ifade etmiştir. Bu itibarla açılımına ihtiyaç vardır.

2. Hareket

TCK. m. 100 hükmü, harekete ilişkin herhangi bir belirleme içermediğinden, çocuk düşürme suçu serbest hareketle işlenebilen suçlardandır. Harekete ilişkin hükümdeki yegane belirleme, özgü suç olmasından gelir ve hareketin bizzat gebe kadın tarafından işlenmesi gerekir. Çocuk düşürtme suçlarında harekete ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar bu suç tipi bakımından da geçerlilik taşımaktadır.

3. Netice ve Nedensellik Bağı

Çocuk düşürme suçu, gebelik süresi on haftadan fazla olan cenine karşı işlenebilir. Henüz on haftalık süreyi doldurmamış cenine karşı gebe kadın tarafından işlenen çocuk düşürmeye yönelik hareketler suç oluşturmaz. Burada failin çocuk düşürmeye elverişli hareketleri henüz on haftayı doldurmamış bir cenine karşı işlemiş, fakat çocuk düşme neticesi on haftayı aştıktan sonra gerçekleşmişse, hareketin yapıldığı ana göre mi, yoksa neticenin meydana geldiği ana göre mi suçun oluşup oluşmadığı tayin edilmek gerekir? Harekete üstünlük tanındığında suç oluşmayacaktır. Neticeye üstünlük tanındığında ise, bu defa suçun oluştuğunu kabul etmek gerekecektir.

Kanaatimce, harekete üstünlük tanımak gerekir. Meğerki on haftadan sonra, önceden yapılan hareketlerin eserleri geri döndürülebilecek, neticenin meydana gelmesi engellenebilecek türden olsun.

Netice ve nedensellik bağı açısından çocuk düşürtme suçlarına ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar, bu suç tipi açısından da geçerlidir.

III. Hukuka Aykırılık Unsuru

Çocuk düşürme fiili hukuka aykırı olmalıdır. Suçun doğası gereği ilgilinin rızasından ve hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiğinden söz edilemez. Buna karşılık çocuk düşürmenin zorunluluk sebepleriyle işlenmesi durumunda fiil hukuka uygun kabul edilmelidir (TCK. m.25/2, 99/2, NPK. 5/2-3-4). Söz gelimi,

hekim olan gebe kadının zorunluluk sebepleriyle gebeliğine son vermesi halinde çocuk düşürme suçu oluşmayacaktır. Enkaz altında sıkışan kadının çocuğunu düşürmek suretiyle kendini kurtarması halinde zorunluluk sebebiyle fiili hukuka uygun sayılmak gerekir.

Hukuka uygunluk sebebinin failce bilinip bilinmemesi önem taşımaz⁶⁰⁵.

IV. Manevi Unsur

Çocuk düşürme suçu kasten işlenebilen suçlardandır, taksirle işlenemez. Kadın gebe olduğunu, gebeliğinin on haftayı aştığını, hareketlerinin çocuk düşürmeye elverişli ve bu hareketleri sonucunda çocuğunun düşeceğini bilmesi ve istemesiyle kast unsuru gerçekleşir⁶⁰⁶. Nitekim kanun koyucu TCK. m.100 hükmünde “isteyerek” deyimini kullanarak, fiilin çocuk düşürmeye yönelik olması gerektiğini belirtmiştir. Hükümdeki bu ifadeden çocuk düşürme suçunun genel kastla işlenebileceği, olası kastla işlenmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır⁶⁰⁷.

Kadın dikkat ve özen yükümüne aykırı davranarak çocuğun düşmesine sebebiyet vermişse; fiil kasten değil, taksirle işlendiğinden suç teşkil etmeyecektir⁶⁰⁸.

Kadının esaslı hatası, söz gelimi gebelik süresini on haftayı aşmadığı zannıyla çocuğunu düşürmesi halinde, bu hatası kusuru kaldıran sebep olarak değerlendirilecektir. Bunun gibi cebir, tehdit, korku, yanıltma gibi sebeplerle çocuk düşürme fiilini işlemesi halinde kadının kusursuz sayılması veya kusurunun azaldığının kabulü gerekir⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ Hafizoğulları/Özen, 147.

⁶⁰⁶ Erman/Özek, 209; Yaşar, O./ Gökcan, H.T./ Artuç, M., Türk Ceza Kanunu, Ankara 2010, c.III, 3219.

⁶⁰⁷ Özbek/Kambur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 356.

⁶⁰⁸ Yaşar/Gökcan/ Artuç, c.III, 3219; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, İstanbul 2006, c.I, 371; Hafizoğulları/Özen, 147; Özbek/Kambur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 356.

⁶⁰⁹ Hafizoğulları/ Özen, 147.

Fiili işlediği sırada anlama ve isteme yeteneğinin kısmen veya tamamen kalkmasına yol açacak şekilde, gebeliğini sürdürmesi kadın için katlanılmaz bir hal almışsa, çocuk düşürme fiili kadına isnat olunamaz. Bu itibarla, kadının çocuk düşürme fiilini işlediği sırada isnat kabiliyetinin tam veya eksik olup olmadığının saptanması gerekir⁶¹⁰.

V. Suçun Özel Görünüm Şekilleri

1. Teşebbüs

Çocuk düşürme suçu bir netice, zarar suçu olması sebebiyle teşebbüs mümkündür. Gebe kadın, çocuk düşürmeye yönelik elverişli hareketlerle doğrudan doğruya suçun icrasına başlamasına rağmen netice meydana gelmemişse, suça teşebbüs söz konusudur⁶¹¹. Doğrudan icraya başlama niteliği taşımayan hazırlık hareketleri cezalandırılmadığı gibi, neticeyi meydana getirmeye elverişli olmayan hareketler teşebbüs olarak nitelendirilemez. Örneğin, çocuk düşürmeye yarayan ilacın eczaneden satın alınması hazırlık hareketi niteliğinde iken, ilacın kullanılması teşebbüstür.

Suç konusunun bulunmaması veya icra hareketlerinin neticeyi meydana getirmeye mutlak elverişsizliği sebebiyle çocuk düşürmenin imkansız olduğu durumlarda, işlenemez suç söz konusudur. Sözgelimi, kadın kendini gebe zannederek hareketlerini icra etmişse veya cenin önceden yaşamını yitirmişse ya da gebe kadının aldığı ilaçlar gebeliğini sona erdirmeye kesin surette etkisizse teşebbüs elverişsizdir, fiil cezalandırılmaz⁶¹².

2. İştirak

Çocuk düşürme suçu bizzat gebe kadın tarafından işlenebilen bir suç olması sebebiyle özgü suç niteliği taşır. Özgü suça ilişkin hüküm (TCK. m.40)

⁶¹⁰ Hafizoğulları/ Özen, 147.

⁶¹¹ Özbek/Kambur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 358.

⁶¹² Özbek/Kambur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 358; Şen, 371: Yazar, çocuk düşürme suçunun canlılığını sürdüren cenine karşı işlenmesi gerektiği, ceninin icra hareketlerinden önce mi, sonra mı canlılığını kaybettiğinin tayin edilemediği tereddütlü durumlarda şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanacağı görüşündedir.

kapsamında iştiraktan ötürü ceza sorumluluğu belirlenir⁶¹³. Çocuk düşürmeye yönelik icra hareketlerinin doğrudan doğruya gebe kadın tarafından işlenmesi gerekmektedir. Suça azmettirme (TCK. m.38) ve yardım şeklinde iştirak (TCK. m.39) mümkün olmakla beraber, çocuk düşürme suçuna bir başkasının doğrudan doğruya iştiraki durumunda fiili, çocuk düşürtme suçu (TCK. m.99) niteliği taşır. Örneğin, gebeliği on haftadan fazla olan bir kadına çocuğunu düşürmesi için vasıta ve ilaç temin eden kişi çocuk düşürmeye iştiraktan sorumludur.

Çocuk düşürme suçuna azmettiren ve yardım eden şerikin gebe kadının ölmesi veya bedensel ve ruhsal sağlığının zarar görmesi durumunda şerikin çocuk düşürtme suçu bakımından nitelikli hal sayılan ağırlaşmış neticelerden sorumlu tutulabilmesi mümkün olmamakla beraber; şerikin kusuru ve iştirak teşkil eden hareketiyle netice arasındaki nedensellik bağı nazara alınarak, kasten veya taksirle yaralama veya öldürme suçlarına ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olabilecektir⁶¹⁴.

3. İçtima

Kadının gebeliğinin çoğul olduğunu bilerek fiilini işlemesi halinde birden fazla cenin aleyhine çocuk düşürme suçu işlenmiş bulunduğundan, bu durumda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması düşünülmelidir⁶¹⁵. Bunun dışında çocuk düşürme suçları içtima bakımından özellik arz etmez.

VI. Yaptırım

Kanunumuz çocuk düşürme suçunda bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunacağını belirterek, seçimlik ceza öngörmüştür. Hapis

⁶¹³ 765 sayılı TCK. m.469/2'de çocuk düşürme suçları bakımından özel iştirak hükmüne yer verilmişti. 765 sayılı TCK. "Yukarıdaki fıkrada yazılı cürüme iştirak halleri dışında gebe bir kadının çocuk düşürmeğe yarayacak vasıta temin etmek suretiyle çocuğu düşürmeğe tahrik eden kimse altı aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır." hükmü yürürlükten kalkmıştır.

⁶¹⁴ Şen, 372.

⁶¹⁵ Tezcan/Erdem/Önok, 313; Karşı görüş için bkz. Çakmut, Ö.Y., Türk Ceza Yasasında Çocuk Düşürme Suçu, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Ankara 2008, 600; Yazar, düşen cenin sayısınınca suç işlendiği ve cezaların içtimaı gerektiği kanaatindedir.

cezasının alt sınırı bir aydır (TCK. m.49/1); hükmedilecek adli para cezası beş günden az, yediyüzotuz günden fazla olamaz (TCK. m.52).

D. Benzer Suçlarla Karşılaştırma

Çocuk düşürtme ve düşürme suçlarını, benzer bazı suçlarla karşılaştırılarak ortak ve farklı yönlerinin belirtelim.

1. Çocuk Öldürme Suçu (TCK. m. 82/ 1- e)

Bu suç tiplerinden ilki, kasten öldürme suçudur. Ceza Kanunumuzun 81. maddesinde kasten insan öldürme suçu düzenlenmiş; bu suçun nitelikli halleri 82. maddede belirtilerek, maddenin e) bendinde kasten öldürme suçunun çocuğa karşı işlenmesi ve f) bendinde gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmesi halleri ağırlatıcı sebep sayılmıştır.

Kasten öldürme suçunun nitelikli hali olan kasten çocuk öldürme suçu, doğmuş bir çocuğa karşı işlenir (TCK md 82/1- bent e). Fakat çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarında doğmamış çocuğa karşı işlenmesi mümkündür. Burada “çocuk” terimi farklı anlam taşımaktadır.

Kasten öldürme suçu (TCK. m.81) ile çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarında fiil, farklı terimlerle ifade edilmiş ise de, bu fark görünüştedir. Bu suçlarda, fiilin “öldürme” anlamı taşıdığı öğretisi ve uygulamada kabul edilmektedir. Bu yönden karşılaştırılan suçlar aynıdır; farklılık sadece ilkinde doğmuş çocuğa; diğerlerinde doğmamış çocuğa, diğer deyişle cenine karşı işlenmesi şeklinde belirlemektedir. Şu halde, bu iki suçu ayırmak “cenin” ve “çocuk” kavramlarına dayanmaktadır. Çocuk, “cenin” niteliğinden insan niteliğini kazandığı an çocuk öldürme suçu söz konusudur⁶¹⁶.

Ancak bu fark, çocuk öldürme ile çocuk düşürtme / düşürme suçları arasındaki sınırın çizilmesinde her zaman yeterli açıklıkta değildir. Çünkü ilk olarak belirtmeliyiz ki, doğum olgusu bir süreçtir. Bu olgu, doğum sancularıyla başlayıp, ana rahminden tamamen ayrılmış olan bebeğin göbek kordonunun kesilerek annesinden bağımsız yaşama kavuşmasıyla tamamlanır. Şu halde,

⁶¹⁶ Demirbaş, (1992) 9.

her iki suç tipi arasındaki sınırın çizilmesi, yaptırımları arasındaki muazzam fark da gözetildiğinde, son derece önemlidir.

Her iki suç tipinde failin kastı kuşkusuz farklıdır. Çocuk öldürme suçunda öldürme kastı, çocuk düşürme suçunda düşürme kastı söz konusudur. Ne var ki, kast objektif ölçülere göre tayin edilmek gerektiğine göre, çoğu halde iki suç arasındaki sınırı kasttan hareketle her olayda belirlemek mümkün değildir. Şayet failin doğum gerçekleşmeden önce icra ettiği hareketi neticesinde ana rahmindeki çocuk ölü olarak doğmuşsa, burada çocuk düşürme veya düşürtme suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Hareket, doğumdan önce icra edilip, çocuk sağ olarak doğduktan bir süre sonra ölmüş ise suç tipinin tayininde bir tereddüt oluşursa da, bu durumu çocuk düşürme ve düşürtme suç tipleri kapsamında değerlendirilmek gerekir.

İki suç tipi arasındaki sınırın çizilmesi bakımından failin hareketinin doğum sancılarının başlaması, gebelik kesesinin yırtılması, çocuğun rahimden ayrılarak doğum yolculuğuna başlaması, çocuğun ana vücudunun kısmen veya tamamen ayrılması sırasında işlenmesi halinde çocuk düşürme ya da düşürtme suçunun mu, yoksa çocuk öldürme suçunun mu işlendiğini tayin edebilmek bakımından kanun hükümleri yeterli bir açıklık taşımamaktadır.

Çocuğun doğum anının tayini tartışmalıdır. Doğum kavramı, tıbbi anlamda doğum sancılarının başlamasından çocuğun ana vücudundan ayrılmasını izleyerek, plasentanın atılması ile tamamlanan geniş bir süreçtir. Bu zaman dilimi içinde ceninin yaşamı ile çocuğun yaşamı arasındaki sınırı belirlemek için değişik kriterler ileri sürülmüştür. Bu ayırımın, çocuk düşürtme ve çocuk düşürme ile çocuk öldürme arasındaki sınırı belirlemek yönünden önemi büyüktür. İlk kriter doğum, doğum sancılarının başlamasına kadar geriye götürülür. İkinci kriter çocuğun vücudunun en azından bir kısmının ana vücudundan çıkmış olması gerektiğini belirtir. Üçüncü kriteri savunanlar ise, çocuğun doğumun seyri esnasında en azından bağımsız nefes alması gerektiğini belirtir⁶¹⁷.

⁶¹⁷ Görüşler için bkz. Demirbaş (1992), 80.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundaki “yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi” suçu ve tanımındaki “doğum esnasında” unsuru, yürürlükteki 5237 s.lı TCK.’da yer almamaktadır. Bunun gerekçesi, 5237 s.lı TCK’da kasten insan öldürme suçunun nitelikli hali olarak çocuk öldürme suçunun düzenlenmiş olmasıdır. Bu durum karşısında, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundaki “yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi” suçu (m.453) ile çocuk düşürme/düşürtme suçları (m.468 ve 470) arasında sınırın çizilmesi bakımından ileri sürülen görüşler, yeni TCK.’muzun mevcut hükümleri karşısında kısmen geçerliliğini korumaktadır.

Birinci görüş; doğumun başlamasıyla⁶¹⁸ birlikte çocuğun yaşam hakkının daha fazla korunmayı gerektirdiği düşüncesinden hareketle, doğum sancılarının başlamasından itibaren, “doğum esnasında” işlenmiş çocuk öldürme suçunun bulunduğu belirtir⁶¹⁹.

Bazı yazarlara göre; doğum esnasında çocuk bir kere nefes aldığı anda sağ doğmuş olmaktadır. Ancak, ceza hukukunun gerekleri bakımından çocuğun doğumun tamamlanmasından, yani ananın rahmini tamamen terk etmesinden sonra değil, fakat biraz önceki bir safhada, ananın rahminden serbest kalmaya, ayrılarak doğum yolculuğuna başladığı anda insan niteliği kazanmış olduğu varsayılmaktadır. Bu nokta önemlidir; çocuk düşürtme ve düşürme ile çocuk öldürme fiilleri hukuk düzenimizde bu çizgide birbirinden ayrılmak gerekir⁶²⁰.

Yine bazı yazarlar, cenin ile insan arasındaki sınırı, çocuğun kısmen dahi olsa ana vücudundan ayrılmasının belirleyeceği görüşündedir. Bu itibarla, kısmen veya tamamen ana vücudundan sağ olarak ayrılmış çocuğa karşı, düşürme değil öldürme suçunun işlenmesi söz konusudur.

Bazı yazarlara göre ise; Medeni Kanunumuzda belirtildiği gibi, çocuğun tam ve sağ doğması gerekir. “Tam doğum”, çocuğun ana vücudundan tümüyle ayrılması ve bağımsız varlık kazanmasıdır. Bağımsız varlık kazandığının kabulü

⁶¹⁸ Özgen, 472.

⁶¹⁹ Demirbaş (1992), 83.

⁶²⁰ Krş. Hafizoğulları/ Ketizmen, 143 vd.

için göbek bağının kesilmesi gerekmez. “Sağ doğmak” ise, çocuğun ana vücudundan yaşayarak ayrıldıktan sonra bir an yaşamış olmasıdır⁶²¹. Erem’e göre, müstakil varlığa sahip olduktan sonradır ki mağduru öldürmek adam öldürme sayılır. Yazar, önceki aşamada çocuk düşürmek söz konusu olabilir demek suretiyle doğumun tamamlanması gerektiği görüşünü savunmuştur⁶²².

Buna karşılık bir diğer görüş de, çocuğun göbek kordonunun kesilerek anadan tamamen bağımsız olmasının gerekmediğini, bağımsız nefes almanın yeterli olduğunu; cenin ile insan arasındaki sınırı bu kriterin belirlediğini ileri sürmüştür. Ancak bu görüş, yaşam ile nefes almayı özleştirmenin tıbben doğru olmadığı; nefes almadan önceki kalp atışlarının çocuğun yaşadığının ispatı olduğu belirtilerek eleştirilmiştir⁶²³.

Demirbaş’ın görüşlerine iştirakle kanaatimce, doğumun başlaması anından itibaren ceninin insan niteliğini aldığı kabul edilmek gerekir. Bu aşamadan itibaren çocuk düşürme veya düşürtme suçu değil, çocuk öldürme suçu söz konusudur. Doğum sancılarının başlaması doğumun başlaması kabul edilmelidir. Doğum sancılarının doğal veya yapay olarak oluşturulması önemsizdir. Ancak, hazırlık sancıları doğumun başlaması olarak nitelenemez.

2. Gebe Olduğu Bilinen Kadının Öldürülmesi Suçu (TCK.m.82/1-f)

Kasten öldürme suçunun gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmesi, bu suçun nitelikli hali olarak cezalandırmıştır (TCK. m. 82/ (1) – f bendi). Kanun koyucu, gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenen kasten öldürme suçunun, ceninin yaşama hakkına karşı da bir saldırı teşkil ettiğini nazara alarak bu durumu suçun ağırlaşmış hali olarak kabul etmiştir. Gerekçede, suçun gebe kadına karşı işlenmesi halinde iki hayata son verilmektedir denilerek bu husus açıklanmaktadır. Gebe kadının öldürülmesi büyük olasılıkla ceninin de ölümü neticesini doğuracaktır. Fakat bu nitelikli halin uygulanması açısından mutlaka ceninin ölmesi, yaralanması, erken doğması gerekmez. Söz gelimi, fail gebe

⁶²¹ Bkz.Demirbaş (1992),82.

⁶²² Erem, F., Adam Öldürme, 34.

⁶²³ Bkz. Demirbaş (1992), 83.

kadını öldürmek fakat çocuğu sezaryen ameliyesiyle almak iradesiyle hareket etse ya da gebe kadının ölmesine rağmen çocuk sağ ve tam olarak dünyaya gelse dahi nitelikli hal uygulanır. Nitelikli halin uygulanabilmesi için failin mağdurun gebe olduğunu bilmesi; diğer deyişle doğrudan kastla hareket etmesi gerekir. Gebeliğin hangi aşamada olduğu önemi değildir.

Gebe olduğu bilinen kadına karşı öldürme fiilinde, ceninin ölmesi, yaralanması, düşmesi ya da erken doğması durumunda; faile, ayrıca, cenini öldürme, düşürme, yaralama, erken doğmasına neden olma (m. 87/ (1) e, (2) e), düşürtme (m.99) suçundan ceza verilmez. Çünkü bu hallerde bileşik suç söz konusudur. Bu nedenle, gerçek içtima kuralları uygulanmaz.

Bu itibarla, gebe olduğu bilinen kadını öldürme suçundan çocuk düşürtme suçu gerek hareketin yönelik olduğu konu gerek failin kastı bakımından fark bulunmaktadır. Çocuk düşürme suçunda hareketin konusu cenin olduğu gibi, failin kastı da ceninin düşmesini sağlamaya yöneliktir. Çocuk düşürtme suçunda, failin ne kastı ne de hareketi doğrudan gebe kadının yaşamına yönelmiştir.

Çocuk düşürtme suçunda da, gebe kadının ölümü suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir (m.99/3,4). Ancak, çocuk düşürmenin nitelikli hali olarak düzenlenen gebe kadının ölmesi durumunda, fail bu neticeyi doğrudan istememektedir.

Gebe kadınla ceninin bütünlüğü nazara alındığında, çocuk düşürtme kastıyla vurma, yaralama gibi hareketler gebe kadın üzerinde icra edilmektedir. Şayet cenini düşürmek için icra edilen bu hareketler; objektif olarak kadını yaralama veya öldürme, öldürmeye teşebbüs niteliği taşıyor ve failin bu suçlara ilişkin kastını yansıtıyorsa artık sadece çocuk düşürtme ve nitelikli halleri kadının bedensel veya ruhsal zarar görmesi veya ölümüne neden olmaktan değil; gebe kadına karşı işlenen kasten yaralama veya kasten öldürme ya da öldürmeye teşebbüsten söz etmek gerekir⁶²⁴.

⁶²⁴ Otacı, 48.

3. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Kasten Yaralama ve Taksirle Yaralama Suçları

Kasten yaralama suçunun, gebe bir kadına karşı işlenerek çocuğunun vaktinden önce doğmasına (TCK.m. 87/1 - e) veya çocuğunun düşmesine sebep olunması (TCK. m.87/ 2 - e), bu suçun netice sebebiyle ağırlaşmış halleri olarak düzenlenmiştir. Çocuğun erken doğumunda, çocuk vaktinden önce doğmakla beraber yaşamını sürdürmekte iken, çocuk düşürmede, çocuk ana rahminde ölmekte veya canlı olarak ana rahmin ayrılmasına rağmen düşürme hareketlerine bağlı olarak bilahare ölmektedir⁶²⁵. Burada, failin kastı ve hareketi gebe kadını yaralamaya yöneliktir. Ancak, kasten yaralama fiili nedeniyle gebe kadının çocuğunun düşmesine veya erken doğumuna da sebebiyet verilmiştir⁶²⁶. Netice sebebiyle ağırlaşmış fiillerde bu neticelerin faile yüklenebilmesi için, en azından bu neticeler bakımından taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekir (TCK. m 23). Kısaca, failin gebe kadının çocuğunun düşmesi veya vaktinden önce doğması kastıyla hareket etmesi gerekmez. Şayet, failin kastı bu hükümdeki ağır neticeleri de ihtiva ediyorsa, artık netice sebebiyle ağırlaşmış halden bahsedilemez. Çünkü failin ağır neticeye yönelik doğrudan kastı bulunmaktadır.

Kasten yaralama suçunda ölüm neticesinin meydana gelmesi suçun nitelikli hali sayılmıştır (TCK.m.87/4). Kasten yaralama suçu, gebe bir kadına karşı işlenmiş ve ölümüne sebebiyet verilmişse mağdurun gebe olması suç vasfını değiştirmez. Mağdurun gebe olması fiilin ağırlık derecesiyle orantılı şekilde ceza miktarının belirlenmesinde ve alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayininde dikkate alınır.

Taksirle yaralama suçunun gebe bir kadına karşı işlenip de, çocuğunun, vaktinden önce doğmasına veya düşmesine sebebiyet verilmesi bu suçun nitelikli halleri olarak düzenlenmiştir (TCK.m.89/ 2-e; 3-e).

Krş, Önok, M. R., Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006, 513; Yazar, çocuğun düşmesi ile erken doğması arasındaki farkın, çocuğun canlı doğup doğmadığına göre belirleneceğini; erken doğumda çocuk erken doğmakta ve doğumdan sonra yaşamakta iken, düşme durumunda ölü doğmaktadır.

⁶²⁶ Hafızoğulları/ Özen, 139.

Taksirli yaralama suçunda failin ne gebe kadını yaralama, ne de çocuğunun vaktinden önce doğması veya düşmesi neticesine yönelik kastı bulunmaktadır. Gebe kadının yaralanması ve çocuğunun vaktinden önce doğması veya düşmesi neticesini oluşturan, failin taksirli davranışıdır.

Halbuki çocuk düşürtme suçlarında failin kastı ve hareketi çocuğu düşürmeye dönüktür. Bu suç bakımından da gebe kadının ruhen veya bedenen zarar görmesi, netice sebebiyle ağırlaşmış haller olarak düzenlenmiştir (TCK. m. 99/ f. 3 ve f. 4). Burada da ağırlaşmış neticeler bakımından failin en az taksir derecesinde kusurunun varlığı aranır. Failin icra hareketleri, sadece çocuğu düşürtme kastıyla yapılmalıdır. Çocuk düşürtmeye yönelik icra hareketlerinin olağan sonucu olan yaralanmalar ağırlaşmış netice olarak değerlendirilmez. Söz gelimi, kadına verilen ilacın onun sağlığında yarattığı geçici ve basit derecedeki rahatsızlıklar bu türdendir. Şayet fail çocuk düşürtme kastının ötesine geçen ve gebe kadını yaralama kastının da varlığını ortaya koyan hareketleri icra etmişse, bu takdirde failin hem gebe kadına karşı yaralama hem de çocuk düşürtmeye yönelik kastla hareket ettiği düşünölmelidir. Söz gelimi, gebe kadının çocuğunu düşürtmek için aşırı şekilde dövölmesinde durum böyledir. Çocuk düşürtme suçlarında da, şayet fail gebe kadının bedenen veya ruhen zarara uğramasını istemişse, burada da, netice sebebiyle ağırlaşmış hallerden söz edilemez; çünkü ağır neticeler failin doğrudan kastı içindedir.

4. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış İşkence Suçu (TCK. m. 95/1-e, 2-e)

Bir kişiye karşı insan onuru ile bağdaşmayan ve bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisinin fiili, işkence suçunu oluşturur.

İşkence teşkil eden fiiller aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, taciz niteliği taşıyan fiiller olmakla beraber; bu fiiller ani değil, sistemli biçimde, süreklilik arz eder nitelikte, bir süreç içinde işlenir. Kanunumuz, işkence fiilinin gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına (TCK. m. 95/1-e) veya çocuğunun düşmesine (TCK. m. 95/ 2-e) neden olmasını bu suçun nitelikli halleri olarak düzenlemiştir. Fail işkence kastıyla hareket etmektedir.

İşkence fiili, gebe bir kadına karşı işlenmesi sonucu çocuğunun vaktinden önce doğmasına veya çocuğunu düşürmesine neden olunmasında failin ağır neticeden sorumlu tutulması bakımından kadının gebe olduğunu bilmesi ve en azından taksir derecesinde kusuru bulunması yeterlidir⁶²⁷.

Çocuk düşürtme suçunda failin kastı çocuğu düşürmeye yöneliktir. Failin gebe kadın üzerinde çocuk düşürtmeye yönelik icra ettiği fiiller, sistemli, süreklilik gösterir şekilde insan onuruyla bağdaşmayan bedensel ve ruhsal acı çekmesine yol açar bir nitelik almış ve ceninin vaktinden önce doğmasına veya düşürmesine neden olursa suç vasfı değişir. Böyle bir durumda, failin işkence veya nitelikli işkence suçundan sorumluluğu cihetine gidilmek gerekir (TCK. m. 94/ 2-a; m. 95/ 1-e, 2-e)

Ş7. CEZA YARGILAMASI HUKUKU

A. Soruşturma ve Kovuşturma Şartları

Çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarında soruşturma ve kovuşturma herhangi bir şarta bağlı değildir. Bu suçlar, re'sen soruşturma ve kovuşturmaya tabi suçlardandır.

Çocuk düşürtmenin suçu memur veya kamu görevlisi niteliğini taşıyan sağlık görevlileri tarafından görevleri sebebiyle işlenmiş olması mümkündür. Anayasamızın 129/son maddesine göre, “memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması kanunla belirtilen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari mercinin iznine bağlıdır”. Anayasamızın bu hükmü doğrultusunda 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlardan dolayı izin sistemi

⁶²⁷ İşkence suçunda failin kusurunun en fazla bilinçli taksir derecesinde olması gerektiği; şayet fail bu neticeyi istemiş veya göze almışsa ayrıca çocuk düşürtme suçundan da ayrıca sorumlu tutulacağına ilişkin görüş için bkz. Önok, s. 513; Bkz. Aynı yönde YİBK., 4.12.1935, E.120, K., 19, nakleden Soyaslan, D., Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı, 158.

getirmiştir⁶²⁸. Şu halde, kamu görevlisi sıfatını taşıyan doktor ve diğer sağlık mensuplarınca görevleri sebebiyle çocuk düşürtme suçunu işlediklerinden bahisle soruşturma yapabilmek, kamu davası açabilmek için yetkili mercinin izni gerekir⁶²⁹.

B. Görevli Mahkeme

Çocuk düşürtme suçlarının nevine göre görevli mahkeme belirlenmek gerekir⁶³⁰. TCK. m.99/f.1 ve 2, cümle 1 kapsamındaki çocuk düşürtme suçlarında görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi'dir. Çocuk düşürme (TCK. m.100) ve TCK. m.99/2, cümle 2 kapsamındaki kadının çocuk düşürtme suçunda Sulh Ceza Mahkemesi görevlidir. TCK. m.99/5 kapsamındaki yetkisiz kişinin çocuk düşürtme suçunda görevli mahkeme, Asliye Ceza Mahkemesi'dir. Suçun netice sebebiyle ağırlaşmış halini düzenleyen TCK. m.99/3 maddesi kapsamına giren; TCK. m.99/5, 3 ve 4 fıkralarının uygulanmasını gerektiren hallerde Ağır Ceza Mahkemesi görevlidir.

⁶²⁸ Öztürk, B./ Tezcan, D./ Erdem, M.R./, Sırma, Ö./, Kırıt, Y.F.S./, Akcan, E.A./Erdem,E; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2013, 61-62.

⁶²⁹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Akcan/Erdem, 61-62, 761; Krş. Özbek /Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, 351.

⁶³⁰ 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanunun, sulh ceza mahkemesinin görevi başlıklı 10. madde "kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir.", asliye ceza mahkemesinin görevi başlıklı 11. madde "kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır.", ağır ceza mahkemesinin görevi başlıklı 12. madde "kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m.148), irtikap (m.250/1 ve 2), (Değişik ibare: 5348 -11.5.2005/m.3) resmi belgede sahtecilik (m.204/2), nitelikli dolandırıcılık (m.158), hileli iflas (m.161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir."; mahkemenin görevinin belirlenmesi başlıklı 14. madde "mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur." hükümlerini taşımaktadır.

C. Milletlerarası Ceza Hukuku

Çocuk düşürtme ve düşürme suçlarının yurtdışında işlenmesi halinde TCK.'nun Uluslararası Ceza Hukukunu düzenleyen hükümlerinin uygulanması söz konusudur.

Çocuk düşürtme ve düşürme suçları vatandaş tarafından yurtdışında işlendiği takdirde, TCK. 11. madde hükmü uyarınca Türk kanunlarına göre cezalandırılır⁶³¹.

Buna göre, çocuk düşürtme suçlarında (TCK. m.99/2, cümle 2'deki gebe kadının çocuk düşürtmesi hariç) aşağı sınır, bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektirdiğinden kişinin Türkiye'de bulunması, yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye'de kovuşturulabilirliğin bulunması koşullarıyla Türk kanunlarına göre cezalandırılacaktır (TCK. m.11/1). Buna karşılık gebe kadının rızasıyla çocuk düşürtmesi ve çocuk düşürme suçlarında cezanın aşağı sınırı bir yıldan az olması sebebiyle bu suçlardan ötürü yargılama yapılması zarar görenin veya yabancı hükümetin şikayetine bağlıdır. Bu durumda şikayet, vatandaşın Türkiye'ye girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmalıdır (TCK. m.11/2)⁶³².

Çocuk düşürme ve düşürtme suçunun faili yabancı ise TCK. m.12 hükmü kapsamında değerlendirilecektir. Yabancı tarafından çocuk düşürtme suçları Türk vatandaşı aleyhine işlenmişse (TCK. m.99/2, cümle 2'deki kadının rızasıyla çocuk düşürtme suçunun alt sınır bir yıldan az olması sebebiyle bu hal hariç), failin Türkiye'de bulunması, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşulu ile suçtan zarar görenin şikayeti üzerine fail Türk kanunlarına göre cezalandırılır (TCK. m.12/2)⁶³³. Mağdur yabancı ise, Adalet Bakanının istemiyle, a) suçun alt sınırı üç yıldan az olmayan hapis cezasını gerektirmesi (TCK. m.99/1, 2, cümle 1, 3, 4, 5, cümle 2), b) suçluların geri verilmesi

⁶³¹ Faile göre kişisel ilkesine ilişkin geniş açıklama için bkz. Tezcan, D./Erdem, M./Önok, M.R., Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara 2009, 134 vd.

⁶³² Tezcan/Erdem/Önok, (2009), 135 vd.

⁶³³ Mağdura göre kişisel ilkesine ilişkin geniş açıklama için bkz. Tezcan./Erdem/Önok, (2009) 139 vd.

anlaşmasının bulunmaması veya failin uyuşunda bulunduğu devletin hşkşmeti tarafından kabul edilmemiş olması koşullarıyla fail Tşrkiye'de yargılanır (TCK. m.12/3).

Yabancı kadının yurtdışında işlediği çocuk dşşşrme ve rızasıyla çocuk dşşşrtme suçları TCK.'nun yer itibariyle uygulaması ve Tşrk mahkemelerinin yargılama yetkisi dışındadır (TCK. m.12).

SONUÇ:

5237 sayılı TCK'nun çocuk düşürtme (m.99) ve çocuk düşürme (m.100) suçlarını düzenleyen hükümleri 2827 sayılı NPK'nun hükümleri gözönünde bulundurularak hazırlanmış olmakla beraber; aralarında tam bir uyum bulunmamaktadır. Öğretide, çocuk düşürtme ve düşürme suçlarına ilişkin bir çok konuda görüş ayrılıklarının bulunduğu görülmektedir.

5237 sayılı TCK oldukça yeni olup, henüz yürürlük süresi on yılını doldurmamıştır. Bu suçlara ilişkin siyah sayılar oldukça fazladır; yargılama makamlarına oldukça az sayıda olay intikal etmektedir. Bu nedenle çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarına ilişkin hükümlerin uygulamasında tereddüt oluşturabilecek konular henüz yargı kararlarına yansımış değildir.

Tarihsel gelişimi içerisinde baktığımızda, çocuk düşürtme ve çocuk düşürme fiillerinin suç sayılması ve cezalandırılmasına ilişkin yaklaşımlar büyük değişimler geçirmiştir. Hukuk sistemlerinin bu fiillere ilişkin cezai düzenlemelerinin tarihsel süreçte giderek liberalleştiği yönünde bir genel kanı mevcut ise de, bu değerlendirme yerinde değildir. Teolojik karakterli Ortaçağ Kanonik Ceza Hukuku'nda bu suçlar; insan öldürme suçuyla eşdeğer görülerek ölüm cezası uygulanmasına karşın, ceza hukukundan dini etkilerin azalması ile birlikte bu suçlara uygulanan yaptırımların giderek insanileştiği gerçektir. Ancak günümüzde bu fiillere ilişkin suç ve ceza politikası tartışmalarında hala teolojik-ahlaki yaklaşımların açık ya da örtülü bir biçimde oldukça büyük rol oynadığı da yadsınmaz bir gerçektir. Diğer taraftan, bu fiillere ilişkin suç ve ceza politikalarında nüfus politikalarına ilişkin görüşlerin oldukça etkili olduğu gözlenmektedir. Otoriter rejimlerin hakim olduğu tarihsel süreç ve yönetimlerde, bu fiillerin katı biçimde yasaklandığı ve ağır cezai yaptırımlara tabi tutulduğu bilinmektedir. Medeniyetler ve devletler arası rekabet ve çatışmanın arttığı, gerilim siyasetinin hakim olduğu dönemlerde yönetimlerin güç politikalarının bir uzantısı olarak nüfusun büyüklüğü gücün asli bir unsuru görülerek, bu gücü zayıflatacağı düşüncesiyle özellikle çocuk düşürme ve rızai çocuk düşürtme fiillerine karşı sert yasal önlemler alınmış ve ağır ceza yaptırımları uygulanmış,

bu suçlar ceza siyaset ve uygulamasının merkezine yerleştirilmiştir. Ceza hukukunun, nüfus politikalarının aracı olarak görülmesi kaygı doğurucudur. İnsanı ve insan yaşamını amaç değil, araç sayan bir yaklaşımın ürünüdür ve insan hak ve özgürlüklerinin esas alındığı bir demokratik sosyal hukuk devletinde yeri olmamak gerekir.

Buna karşılık, güçler dengesinin kurulduğu, barış, toplumsal refah, özgürlük, eşitlik ve dayanışmanın, demokrasi özlem ve arayışının, ekonomik kalkınma, refah toplumu oluşturma gayretlerinin yükseldiği dönemlerde nüfusun nitel yanından çok nicel yanına vurgu yapılarak geleneksel-muhafazakar kesimlerin muhalefetine rağmen çocuk düşürme ve rızai çocuk düşürtme fiillerine ilişkin yaklaşımlarda liberalleşmenin etkili olduğu, hatta bu görüşlerin baskın çıkarak yasal düzenlemelere yansıdığı görülmektedir.

Çocuk düşürtme ve düşürme suçlarına ilişkin suç ve ceza politikalarında etkili olan sadece dini, ahlaki düşüncelerle, nüfus politikasına ilişkin görüşler de değildir. Toplumdaki sınıf mücadelelerinin arttığı, sosyo ekonomik siyaset ve ideolojilerin çatıştığı modern dönemde de çocuk düşürme ve rızai çocuk düşürtme fiillerine ilişkin ceza hukuki düzenlemeleri daima tartışmaların merkezinde olmuştur.

Birinci Dünya Savaşı ardından başlayıp, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra hız kazanan ve erkek egemen toplumsal yapıya karşı yükselen kadın hak, özgürlük ve eşitlik taleplerinin ana temalarından birini "kürtaj hakkı" ve dolayısıyla rızai çocuk düşürtme ve çocuk düşürme fiillerine ilişkin yasakların kaldırılması, suç olmaktan çıkarılması talepleri oluşturmuştur.

Kadının rızası olmaksızın çocuk düşürtme fiillerinin suç sayılıp cezalandırılması üzerinde esasen herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Buna karşın, yukarıda aktardığımız üzere sorun, kadının çocuk düşürmesi ve rızasıyla çocuk düşürtmesi fiillerinin yasaklanması, suç sayılıp cezalandırılması konusunda toplanmaktadır.

Tıp biliminde özellikle üreme sağlığı, gebeliğin önlenmesi ve gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin gelişmeler, ilaç sanayinin sağladığı ürünler, üreme hücrelerinin birleşmesi sonrasında dahi kadının üreme potansiyeli üzerindeki

hakimiyetini artırdığı gibi; bu gelişmeler üreme hücrelerinin birleşmesiyle biyolojik kimliği ortaya çıkmış insan türüne ait bir canlının korunmasına ilişkin tartışmalara yeni boyut kazandırmıştır. Bu kapsamda, yapay dölleme, tüpte embriyo üretimi, taşıyıcı annelik, klonlama geleneksel hukuk anlayışına meydan okuyan yeni gelişmelerdir.

Çocuk düşürtme ve düşürme suçları kapsamında, aslında varoluşun en temel sorunlarından biri; yaşamın başlangıcı, anlam ve değeri sorgulanır. Bu suçlara ilişkin tartışmanın özünde esasen tarih boyu çözümüne çalışılan “yaşamdan yana” veya “tercihten yana” paradoksu bulunur. Bu paradoks hukuki düzleme pek çok noktada yansır. Bir taraftan, ana rahminde döllenen biyolojik kimliği oluşmuş insan türüne ait bir canlının, potansiyel bir insanın yaşamı; diğer taraftan kadının gebeliğini sürdürüp sürdürmemeye, çocuğunu dünyaya getirip getirmemeye ilişkin tercih hakkı. Birbiriyle çatışan bu iki değer arasında adil bir dengenin kurulması; aralarındaki ince çizginin belirlenmesi sorununa çözüm arayışı zorunluluğunu doğurmaktadır.

Bu konuda karşılaşılan bir diğer açmaz; bir taraftan gebeliğin sona erdirilmesine izin verilmesinin, diğer taraftan ceza hukuku ile fiilin yasaklanıp suç sayılmasının son çare olarak görülmesidir. Makul ve kabul edilebilir çözümde önemli bir değerlendirme ölçüsü, gerçekçi yaklaşım ve çifte etki kuramıdır. Çocuk düşürme ve rızai çocuk düşürtmenin suç sayılmasında ceza hukukunun asli amacı, toplumsal yaşamın asli değerlerine etkin hukuki koruma sağlayarak bu değerlerin ihlalini önlemektir. Çocuk düşürme ve rızai çocuk düşürtme fiillerinin suç sayılmasının, genel önleme ve özel önleme etkisi bulunmadığı gibi; suçlunun ıslahı amacına da hizmet etmemektedir. Çocuk düşürmeyi suç sayan normlar, çağın gerisinde kalmış, sembolik ceza normları olarak nitelenmektedir. Bu normların haklılık zeminini toplum vicdanında, en azından normun muhatabı kadınların bilincinde kaybettiği vurgulanmaktadır. Çocuk düşürmenin yasaklanması toplumdaki sosyo ekonomik ve kültürel eşitsizliğin en ağır sonuçlarını ortaya çıkarır. Yeterli imkanlara sahip toplumsal kesime mensup kadınlar kolaylıkla güvenli yollardan gebeliğini sonlandırabilirken, toplumsal açıdan dezavantajlı kesim kadınlarını güvensiz ve ilkel yollarla gebeliği sonlandırmaya yönlendirerek hayatını ve sağlığını kaybetmesine, ağır suçluluk

duygusu yaşamasına, ilaveten ceza kovuşturmasına uğrama ve cezalandırılma riskine katlanmak zorunda kalmalarına yol açmaktadır. Yine, bu fiillerin suç sayılması suretiyle, geleneksel, muhafazakar, ataerkil anlayışın, kadın bedeni, cinselliği ve üremesi üzerinde baskı ve tahakkümüne yol açtığı, devletin paternalist, çifte ölçülü keyfi, otoriter müdahalelerine zemin yarattığı argümanı da tamamen yersiz ve haksız olarak nitelenemez.

Çocuk düşürme fiillerini önlemek bakımından devlet cezalandırıcı olmaktan çok, asli görevinin gereği olarak destekleyici ve yardımcı olmak; bu konuda yapıcı ve sorunu çözmeye elverişli somut önlemleri hayata geçirmek yükümlüdedir. Haklılık zeminini kaybetmiş ve uygulanamayan yasaklar değil, içinde bulunduğu somut koşullar kadının doğurma iradesini belirler.

Devlet, ana rahmindeki döllenmiş yumurtanın korunması için gösterdiği güç ve etkinliğini, doğmuş ve yaşamakta olan çocukların bakımı, gözetimi, korunması, maddi ve manevi gelişimi için seferber etmelidir. Bu yaklaşım, kadının gebeliğini sürdürmek ve çocuğunu dünyaya getirme kararı üzerinde gerçekçi bir tesir oluşturarak onu bu yolda teşvik etmek suretiyle, ana rahminde gelişmekte olan ceninin yaşam hakkına daha fazla ve daha gerçekçi bir koruma sağlar. Bu itibarla, gebeliğin sona erdirilmesi ile çocuk düşürmenin ceza hukukunca suç sayılarak cezalandırılmasının son çare olarak düşünülmesi açmazında, kanımca adil dengeyi oluşturacak çözüm ikincisi aleyhine kurulmak gerekir.

Yukarıda aktardığım düşüncelerden hareketle; son dönemde ülkemiz kamuoyuna yansıyan, kadının rızasıyla tıbbi yoldan güvenli çocuk düşürülmesi imkanlarının daraltılmasına yönelik yasa tasarısı girişimlerinin, sorunun çözümüne katkıda bulunmaktan çok, büyümesine ve derinleşmesine yol açacağı görüşümdedir.

Öte yandan, yürürlükteki hukuki düzenlemeler, Türkiye Cumhuriyeti'nin, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, BM Evrensel İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile üstlendiği uluslararası yükümlülüklerine aykırılık oluşturabilecektir. Yürürlükteki yasal düzenlemelere ilişkin uygulamanın, özellikle eşin izni olmaksızın kadının gebeliğini tıbbi yolla sonlandırabilme

olanağının engellenmesi, BM Evrensel İnsan Hakları Sözleşmesi ve BM Kurumlarının ülkelere yönelik tavsiyeleri, AİHS hükümleri ve bu hükümlerin AİHM kararlarıyla somutlaşmış ve istikrar kazanmış kararlarına aykırılık oluşturabilecektir. Bunun gibi, gebeliğin sonlandırılması müdahalesi yapan hekimin, kadının kimliğine ilişkin bilgileri resmi kurumlara bildirme yükümlülüğü AİHS'nin 8. maddesindeki kişinin özel ve aile hayatının korunmasına dair hükmün ihlali niteliğindedir. Bu itibarla bildirim yükümü, kişinin kimliğine ilişkin bilgileri ihtiva etmemelidir.

Tüm dünyada çocuk yada genç yaşta gebe kalmış kadınların, gebeliğinin sonlandırılmasına ilişkin, gençlerin korunmasına dönük özel düzenlemelerin yapıldığı bir gerçektir. 5237 s.lı Ceza Kanunumuz hükümleri göz önünde bulundurulduğunda, gebeliği sonlandırma müdahalesinin anlam ve sonuçlarını sağlıklı bir biçimde değerlendirip, karar verecek mümeyyiz küçüklerin rızasıyla gebeliğinin sona erdirilmesinin, suç teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşmakla beraber; NPK hükümlerinin uygulamasında, sağlık kurumlarının gebeliği sonlandırma müdahalesini yetkili temsilcinin izni olmaksızın yapmaktan kaçındığı, bu suretle genç yaşta gebe kalmış kadınların yasal hak kullanımının önlenildiği, güvensiz ve ilkel yollarla gebeliği sonlandırmaya sevk edildikleri, bu durumun hayatlarını ve sağlıklarını tehlikeye koyduğu bir gerçektir. Kanaatimce bu uygulama, temel hak ihlali olarak görülebilir.

Tez çalışmamda, çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarının uygulama sahasını sınırlandıran 2827 sayılı NPK hükümleri, tez konumu ilgilendirdiği ölçüde irdelenmiştir. Bu Kanun, yürürlüğe girdiği dönemde liberalleşme yönünde bir yaklaşımı yansıtıyor olması sebebiyle olumlu karşılanmış; fakat konunun nüfus planlaması bağlamında düzenlenmesi eleştirilmiştir. Bu eleştiri haklı ve yerindedir. Gerçekten Kanun'un adıyla, içeriğini teşkil eden hükümleri uyumlu değildir. Nitekim, nüfus planlaması tanımında bu açıkça görülür. 2827 s.lı NPK m.2'ye göre nüfus planlaması; "kişilerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları demektir" şeklinde tanımlanmıştır. Gerçekte bu tanımda, fertlere istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olma hakkı kişisel bir hak olarak tanınmış bulunmaktadır ve her hak ve özgürlük gibi, pozitif boyutu kadar, negatif boyutu da gözetilmelidir.

Kanun koyucu içerikte, aslında bunu büyük ölçüde başarmıştır. Gebeliğin önlenmesi, bu hak ve özgürlüğün kullanılmasında asli yöntem olarak benimsenmiş, toplumumuzun içinde bulunduğu sosyoekonomik, kültürel vd. şartları ve gerçekleri, gebeliğin önlenmesine ilişkin hizmetlerin yaygın ve ulaşılabilir olmadığı gözetilerek, m.5'te; "gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde, istek üzerine rahim tahliye edilir." hükmüyle, süreye bağlı çözüm kabul edilmiştir. Kabul edilmelidir ki; günümüzde hakim olan düşünceler açısından bakıldığında, mevcut durum, kadın temel hak ve özgürlüklerinin yasal olarak tanınmasında önemli bir kazanımdır. Bu kazanımın korunması, kadının temel hak ve özgürlükleri, sosyal statüsünün iyileşmesi ve özgürleşmesi açısından zorunludur.

TCK m.99 hükmünde çocuk düşürtme suçları, fail ve suçun işlenişine göre, temel suç tipi ve türevi suçlar şeklinde düzenlenmiştir. Çocuk düşürtme suçunun yetkili hekim tarafından işlenmesine ilişkin m.99, f.1 ve 2'deki suçlar, fail yönünden özgü suçtur. Ceza hukukunda genel kabul gören anlayışta fail, yasal suç tipinin unsurudur; kanunilik ilkesine tabidir. Yetkili hekimin kim olduğu, ne TCK. m.99 hükmünde, ne de 2827 s.lı NPK'da tayin edilmiştir. Yetkili hekimin kim olduğu ise, NPK m.5 son fıkraya göre çıkarılan Tüzük'ün, m.3 f.2 ve 3 hükümleriyle belirlenmiştir. Bu durum, TCK m.99 hükmündeki suç tiplerinin kanunilik ilkesine uygunluğu açısından ciddi bir sorun oluşturur. Suç teşkil eden fiili yasaklayan normun muhatabı kişinin tüzükle belirlenmiş olması, kanunilik ilkesinin sağladığı hukuk güvenliği açısından önemli bir zaafiyet doğurur. TCK. m.99, f.1 ve 2 hükmünün 1982 tarihli Anayasamızın m.38, f.1 hükmüyle güvenceye alınmış, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine aykırılığının ileri sürülmesi mümkün olacaktır.

Öğretide çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarının incelenmesinde önce ortak unsurlar açıklanmakta, ardından her suçun farklı yönleri ele alınmaktadır. Tez çalışmamda her suç ayrı incelenmiştir. Bundaki amacım, bazı hususları ön plana çıkarmak suretiyle açıklamaktır. Örneğin, TCK m.99 hükmünde temel suç tipi ve türeyen suç tipleri nazara alındığında; her bir suç tipiyle korunan hukuki yararın, suç tipine göre değiştiği ve fiilin haksızlık

değerinin değişkenlik gösterdiği saptanmıştır. 5237 s.lı TCK'nun bu suçlara ilişkin hükümlerinin düzenlenmesinde büyük ölçüde Alman, İsviçre ve Avusturya kaynaklarından esinlendiği ve yararlandığı görülmüştür. Nitekim öğretilerde, belirtilen hukuk sistemlerinde kabul edildiği gibi, suçun temel şeklini biçimlendiren rızasız çocuk düşürtme suçunda korunan hukuksal değer öncelikle ana rahmine yerleşmiş, gelişimini sürdüren, insan türüne ait bir canlı olan ceninin potansiyel insan olarak yaşamının korunduğu; buna ilaveten kadının sağlığının ve anne olmak, soyunu sürdürmek, üreme hakkının karma nitelikli hukuksal değer olarak korunduğunu saptamış bulunmaktayım. Buna karşılık, tıbbi zorunluluk olmaksızın kadının rızasıyla olsa dahi, on haftayı aşan gebeliklerde yetkili hekim tarafından çocuğun düşürtülmesinde korunan hukuksal değer kapsamında kadına ait yararlar kalkmaktadır. Aynı suç tiplerinin yetkisiz herhangi bir kişi tarafından işlenmesinde, kadının rızası olsun ya da olmasın, kanun koyucunun kadının sağlığının maruz kaldığı tehlikeyi nazara aldığı ve korunan hukuksal değer kapsamında gözettiğini düşünmekteyim. Burada gebeliğin nidasyonla başladığı, nidasyonun, birleşen üreme hücrelerinin ana rahmine yerleşmesi olduğu, bunun onüçüncü günde tamamlandığı, uygulamada son adet görmeden itibaren yaklaşık dördüncü haftada tamamlandığı belirlenmiştir. Gebeliğin, doğum sancılarının başlamasıyla sona erdiği kabul edilerek, bu aşamadan sonra işlenen fiillerin, çocuk düşürtme ve düşürme değil, insan öldürme suçuna yol açacağı kabul edilmiştir.

Çocuk düşürtme ve düşürme suçları kural olarak, icrai hareketle işlenebilen suçlardan olmakla beraber, bu suçların ihmal suretiyle de icra edilebileceği kanaatindeyim. Bu bağlamda, babanın neticeyi önleme yükümlülüğü ve imkanı bulunuyorsa, gebe kadının rızası hilafına üçüncü kişiler tarafından işlenen çocuk düşürtme fiiline ihmal suretiyle iştiraki mümkündür. Ancak, kadının rızasıyla gebeliğini sona erdirme hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiği, tipik haksızlığı kaldırdığı hallerde, eşin bunu yasal olarak engelleme hak ve yetkisinin ve yükümünün bulunmadığı AİHM kararları doğrultusunda kabul edilmiştir. Nitekim NPK'da yapılan değişiklikle eşin izninin aranması, yaptırımdan yoksun, etkisiz bir düzenleme olarak kalmıştır. Uygulamada tereddüt ve çelişki doğuran bu hükmün kaldırılmasına veya anlaşmazlık halinde kadının iradesinin esas olduğuna ilişkin düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

Suç tipinin tanımındaki, çocuk düşürtme ve çocuk düşürme deyiminin, hem hareketi, hem neticeyi belirttiği, zarar suçu olduğu, ana rahmindeki gelişimini sürdüren, canlı ceninin ölümü ile suçun tamamlanacağı görüşüne katılmaktayım.

Süre esasına dayalı, kadının istemiyle, yetkili hekimce tıbbi yolla gebeliğin sonlandırılması durumunun, hukuka uygunluk sebebi teşkil edeceği; NPK'da öngörülen düzenleyici hükümlere uyulmaksızın bu şartlar altında gebeliğin sona erdirilmesi fiilinde, tipik haksızlığın gerçekleşmemesi sebebiyle suçun oluştuğundan bahsedilemeyeceği ve ceza sorumluluğu cihetine gidilemeyeceği sonucuna ulaşmış bulunmaktayım. Bu itibarla, mümeyyiz bir kadının süresi içinde tıbbi yolla yetkili hekimce, yetkili temsilcisinin izni olmaksızın gebeliğinin sona erdirilmesi halinde fiilin hukuka uygunluk sebebi teşkil edeceği, en aleyhte değerlendirmeye dahi, tipik haksızlığın gerçekleşmeyeceği, suçun oluşmayacağı, ceza sorumluluğu cihetine gidilemeyeceği görüşündeyim. Hukuka uygunluk sebepleri, çocuk düşürtme ve düşürme suçlarında, tıbbi indikasyonlar, embriyopatolojik indikasyonlar, gerek suç tipindeki unsurlar, gerek ceza kanunumuzun genel hükümlerindeki ilgilinin rızası ve zorunluluk sebeplerini düzenleyen hükümlerle bağlantılı olarak irdelenmiştir. Tıbbi zorunluluklar dışında, genel hukuka uygunluk sebebi zorunluluk halinin bu suçlarda uygulama sahası bulabileceği saptanmış, buna ilişkin örnekler tezimde değerlendirmeye sunulmuştur.

Bu suçlarda icra hareketlerinin elverişsizliği ve konusuz olması halinde işlenemez suç sözkonusu olur. İcra hareketlerinin başlangıcına ilişkin öğretideki ve Yargıtay kararlarındaki tartışmalar aktarılmış, ilgili kısımda kanaatimiz belirtilmiştir. Çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarının iştirak bakımından özellik gösterdiği tespit edilmiştir. Bu suçlar kapsamında, fail yönünden özgü suç tipleri bulunmaktadır. Özgü suça ilişkin iştirak kuralları uygulanacaktır. Fakat failin doğrudan icra hareketlerini gerçekleştiren fiili, özgü suça iştirak olarak değil, ayrıca tanımlanmış suç tipine uygun fiil oluşturmaktadır.

Çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarında, zincirleme suç oluşturan durumlar belirtilmiş, çocuk düşürtmeye yönelik icra hareketleri sebebiyle ana rahminden sağ olarak ihraç edilen çocuğun, yeni bir kastla öldürülmesi halinde

çocuk öldürme suçu; buna karşılık sağ doğan çocuğun herhangi bir müdahalede bulunulmaksızın ölmesi, çocuk düşürtme suçu kapsamında değerlendirilmiştir. Suçların içtimaina ilişkin diğer olasılıklar ilgili bölümde açıklanmıştır.

Çocuk düşürtme suçunun nitelikli hali açıklanmış, çocuk düşürtme fiili neticesi kadının ölmesi, beden ve ruh sağlığının zarar görmesi suçun nitelikli halleri olarak açıklanmıştır. Yine, yetkisiz kişi tarafından çocuk düşürtme suçunun işlenmesi, suçun nitelikli hali olarak değerlendirilmiştir. 5237 s.lı TCK. m.99/son hükmündeki kriminolojik indikasyon sebebiyle gebeliğin sonlandırılması, hukukumuzda cezasızlık sebebi olarak belirtilip incelenmekle beraber, bu durumun Alman, Avustuya ve İsviçre hukuklarında hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendiği tespit edilmiştir.

Çocuk düşürme suçları bizzat gebe kadın tarafından işlendiğinden, korunan hukuki yarar ceninin yaşam hakkı şeklinde tespit edilmiştir. Bu suçlar benzer suç tipleriyle karşılaştırılarak, benzerlik ve farklılıklar ortaya konmuştur. Bu kapsamda, kasten insan öldürme suçunun nitelikli hali çocuğun öldürülmesi, kasten insan öldürme suçunun gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmesi, netice sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama ve taksirle yaralama suçları, netice sebebiyle ağırlaşmış işkence suçları kapsamında bu suçların gebe kadına karşı işlenerek çocuğunun erken doğumuna veya düşmesine sebep olunması halleri irdelenmiştir.

Tezin son bölümünde yargılama hukukuna ilişkin olarak bu suçların re'sen kovuşturulduğu, çocuk düşürtme suçunu işleyen yetkili hekimin kamu görevlisi olması halinde soruşturma ve kovuşturmasının, 4483 s.lı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca izne bağlı olduğu saptanmıştır. Bu suçların yargılanmasında görevli mahkemeler belirlenmiş, yurtdışında işlenmeleri halinde uluslararası ceza hukuku hükümleri çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'na göre yargılanmalarının koşulları bu kısımda açıklanmıştır.

Yararlanılan Kaynaklar

1. **AKAGÜNDÜZ, Ahmet**, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır, 1986
2. **AKIN, Ayşe**, Türkiye’de Değişen Nüfus ve Sağlık Politikaları Doğrultusunda, in İsteyerek Düşükler ve Üreme Sağlığı Hizmet Sunumunda Geleceğe Bakış, Türkiye Halk Sağlığı Dergisi, C.10, Özel Sayı 1: Düşükler, Ankara 2012
3. **ALBAYRAK, Gökhan/ ÖZDEMİR, Didem**, Fetüs v. Kadın Hakları İnsan Hakları ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Kürtaj Sorunu, Güncel Hukuk, Temmuz 2012
4. **ARZT, Gunther/ WEBER, Ulrich**, Strafrecht Besonderer Teil, Delikte Gegen die Person, 3. Auflage, Bielefeld 1988
5. **ARZT, Gunther/ WEBER, Ulrich/ HEINRICH, Bernd/ HILGENDORF, Eric**, Strafrecht Besonderer Teil, Bielefeld, 2009
6. **AVCI, Mustafa**, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul, 2004
7. **AYDIN, Murat**, Çocuk Düşürtme Fiileri ve Ceza Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19. Cilt, 2. Sayı, Konya, 2011
8. **BAHAR, Cem**, Osmanlı İmparatorluğunun ve Türkiye’nin Nüfusu 1500-1927, DİE, Ankara 1996
9. **BAKER, Dennis J.**, Glanville Williams Textbook of Criminal Law, 3. Edition, London 2012
10. **BIRCH, D. vd. (Edit. Murphy, P.)**, Blackstone’s Criminal Practice, Oxford 2005
11. **BIRKLBAUER, Alois/ HILF, Marianne Johanna/ TIPOLD, Alexander**, Strafrecht Besonderer Teil I, Wien, 2011
12. **BİLMEN, Ömer Nasuhi**, Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu 3. Cilt, İstanbul, 1951
13. **CAN, Cahit**, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Ankara 2002
14. **CARD, Richard**, Criminal Law, 16. Edit., Leicester 2004
15. **CEVİZCİ, Ahmet**, Uygulamalı Etik, İstanbul 2013

16. **CİHAN, Erol**, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Açısından Kişi ve Mala Karşı Cürümlerin 50 Yılı ve Geleceği, İHFM, 1976 sy. 1-4, Ord. Prof. Dr. Ernst Hirsch'e Armağan, Özel Sayı 1977
17. CLAYTON, Richard /TOMLINSON, Hugh, The Law of Human Rights, Oxford 2000
18. **ÇAKMUT, Özlem Yenerer**, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003
19. **ÇAKMUT, Özlem Yenerer**, Türk Ceza Yasasında Çocuk Düşürme Suçu, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Ankara 2008
20. **ÇAMURCU, Hayri**, Dünya Nüfus Artışı ve Getirdiği Sorunlar, www.sbe.balikesir.edu.tr/dergi/e-dergi/c8s13/makale/c8s13m9.pdf, erişim tarihi: 01.12.2013
21. **ÇİĞ, Muazzez İlimiye**, Uygarlığın Kökeni, Sümerliler 2, İstanbul 2012
22. **ÇOBANOĞLU, Nesrin**, Kurumsal ve Uygulamalı Tıp Etiği, Ankara, 2009
23. **ÇOKAR, Muhtar**, Kürtaj, İstanbul 2008
24. DANTE, Aligieri, İlahi Komedy, Araf (çev. Feridun Timur), Ankara 1956
25. **DEMİRBAŞ, Timur**, Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu, Ankara, 1992
26. **DEMİRBAŞ, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011
27. **DİENEL, Christiane**, Das 20. Jahrhundert (I) Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau, in Geshichte der Abtreibung, (hrg. Jütte, R.) München 1993
28. **DOĞAN, Erdal**, Hitit Hukuku, İstanbul 2012
29. DOĞRU, Osman/ NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, c.1, İstanbul 2013
30. **DONATSCH, Andreas**, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Auf., Zürich 2008
31. **DONAY, Süheyl/ KAŞIKÇI, Mahmut**, Türk Ceza Kanunu, İstanbul 2005
32. **DÖNMEZ, Burcu**, TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı 2, 2007
33. **DÖNMEZER, Sulhi**, Ceza Adaletinde Reform İlkeleri, Ceza Adalet Reformu İlkeleri Sempozyumu (24-26 Şubat 1972) Raporlar Tartışmalar, İstanbul, 1972

34. **DÖNMEZER, Sulhi**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul, 2002
35. **DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sayfa: 160-161, 7.Bası, Cilt:II, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1999
36. **EMRULLAH, Ali Bin /HADİMİ, Muhammed**, İslam Ahlakı, 75. baskı, İstanbul 2008
37. **EREM, Faruk**, Hümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Cilt:IV, Üçüncü Bası, Ankara, 1985
38. **ERMAN, Barış**, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003
39. **ERMAN, Sahir/ ÖZEK, Çetin**, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1994
40. **ESER, Albin/ KOCH, Hans-Georg**, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil 1: Europa, Baden-Baden, 1988
41. **ESER, Albin/ Schönke-Schröder** StGB, München 1991
42. **ESER, Albin/ KOCH, Hans-Georg**, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil 3: Rechtsvergleichender Querschnitt-Rechtspolitische Schlußbetrachtungen- Dokumentation zur neueren Rechtsentwicklung, Baden-Baden, 1999
43. **FISHER, Thomas**, Strafgesetzbuch, 56. Auf., München 2009
44. **GEERDS, Friedrich**, Einwilligung und Einverstaendnis des Verletzten, (yayınlanmamış doktora tezi) Kiel 1953
45. **GİNİ, Corrado**, Nüfus Siyasetinin İlmî Esasları, Ankara 1950
46. **GÖK, Şemsi**, Adli Tıp, 5. Bası, İstanbul 1983
47. **GÖKCAN, Hasan Tahsin**, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2013
48. **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1994
49. **GÖRKEY, Şefik**, Gebeliğin Sonlandırılmasında Karşılaşılan Etik Sorunlar, Medikal Etik (Doğum, Ölüm Süreçleri ve Yaşamın Anlamı), Yüce Yayım, İstanbul, 2001
50. **GÜLŞEN, Recep**, Hekimlerin Çocuk Düşürmede (Kürtaj) Oluşan Cezai Sorumluluğu, İkinci Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008 Ankara, Ankara Barosu Yayını Ankara 2009

51. **GÜNEŞ, Hüseyin Hatimi**, İktisat Tarihi Açısından Nüfus Teorileri ve Politikaları, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 28, 2009
52. **GÜRTAN, Kenan**, Türkiye’de Nüfus Problemi ve İktisadi Kalkınma ile İlgisi, İstanbul, 1966
53. **HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Mahmut**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 3. Basım, Ankara 2013
54. **HAFIZOĞULLARI, Zeki/ KETİZMEN, Muammer, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun’da Hayata Karşı Suçlar, Ank. BD., yıl 66, say.1. 2008**
55. **HAFT, Fritjof**, Strafrecht Besonderer Teil II, 8. Auf. München 2005
56. **HAKERİ, Hakan**, Tıp Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2012
57. **HAKERİ, Hakan**, Tıp Hukuku El Kitabı Ankara 2013
58. **HAKERİ, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2011
59. **HAKERİ, Hakan**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, Ankara 2003
60. **HAKERİ, Hakan/ ÜNVER, Yener/ YENERER ÇAKMUT, Özlem**, Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı, Ankara, 2013
61. **HARRIS, John**, Hayatın Değeri, Tıp Etiğine Giriş, İstanbul 1998
62. **HİPPOKTARES** (çev. Hoşafçı, Ö.U.), İstanbul 2012
63. **HUBER, Barbara, Landesbericht Republik Irland, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, (Hrsg. Eser / Koch) Teil 1, Baden Baden 1988**
64. **HÜNERFELD, Peter**, Landesbericht Portugal, Schwangerschaftsabbruch im Internationalen Vergleich, Teil 1: Europa, (Hrgs. Eser/Koch)
65. **İÇEL, Kayıhan /AKINCI, Füsün Sokullu / ÖZGENÇ, İzzet /SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / ÜNVER, Yener**, Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. Bası, İstanbul 2000
66. **HURSTHOUSE, Rosalind**, (edt. May, L./Wong, K./Delston, J.) in Applied Ethics a Multicultural Approach, 5. Bası, Boston 2010
67. **JACKSON, Emily**, Medical Law, Text, Cases and Materials, Second Edition, Oxford Univesity Press, New York 2010
68. **JAEHNKE, Burkhard**, StGB, LK, (Hrg. Jescheck, H-H./ Russ, W./Willms, G.) c. 5, Berlin 1989

69. **JEROUSCHEK, Günther**, Mittelalter. Antikes Erbe, weltliche Gesetzgebung und kanonisches Recht, in Geschichte der Abtreibung, (hrg. Jütte, R.) München 1993
70. **JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas**, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 1996
71. **JOSEPHUS, Flavius**, Jewish Antiquits, Hertfordshire 2006
72. **JÜTTE, Robert**, Geschichte der Abtreibung, Von der Antike bis zur Gegenwart, München 1993
73. **KANBUR, Mehmet Nihat**, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Çocuk Düşürtme Suçu, Ankara, 28 Şubat-1 Mart 2008
74. **KARLUK, S. Rıdvan**, Türkiye Ekonomisi, İstanbul 2009
75. **KATOĞLU, Tuğrul**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması, Kamu Hukuku, Cilt II, 2004
76. **KESKİN KIZIROĞLU, Serap**, Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, Prof. Dr. Nuri Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Merkezi, Yıl:2013, Cilt:19, Sayı:2, İstanbul
77. **KOÇ, İsmet/ ERYURT, Mehmet Ali/ ADALI Tuğba/ SEÇKİNER, Pelin**, Türkiye'nin Demografik Dönüşümü, Ankara 2010
78. **KONAN, Belkis**, Osmanlı Devletinde Çocuk Düşürme Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 4, Ankara, 2008
79. **KORFF, Douwe**, Yaşam Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Klavuz Kitap (çev.Özgür Heval Çınar – Abdulcelil Kaya), 2006
80. **KREMPEL, Werner**, Landesbericht Romanien, Schwangerschaftsabbruch im Internationalen Vergleich, Teil 1: Europa, (Hrgs. Eser/Koch)
81. **KURT, Gülşah**, Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, İstanbul 2013
82. **LAFAVE, Wayne R.**, Criminal Law, 5. Bası, Illinois 2009
83. **LAUFS, Adolf /UHLENBRUCK, Wilhelm /ULSENHEİMER, Klaus**, Arztrecht, 2. Auf., München 1999

84. **LÜTTGER, Hans**, Gebeliğin Önlenmesi ile Çocuk Düşürme Arasındaki Sınırı Tespitte Federal Almanya Ceza Hukukunda Yeni Problemler (Çev. Özgen, Eralp) AHFD, C. 28, 1971
85. **MALKOÇ, İsmail**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, c.II, Ankara 2013
86. **MALTHUS, Thomas**, An Essay on the Principle of Population, London 1798
87. **MARX, Karl / ENGELS, Friedrich**, Nüfus Sorunu ve Malthus (çev. Oya Yaylalı) Ankara 1976
88. **MAURACH, Reinhart/ SCHROEDER, Friedrich-Christian/ MAIWAND Manfred**, Strafrecht Besonderer Teil, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte 10. Auf., Heidelberg, 2009
89. **MAJNO**; Ceza Kanunu Şerhi, Cilt 3, Ankara 1980
90. **MOMMSEN, Theodor**, Römisches Strafrecht, Dramstadt 1955
91. **NOLL, Peter**, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im Besondern die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955, 59
92. **OKANDAN, Ragıp**, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri İstanbul 1952
93. **OKUR, Ali Rıza / BAYRAKTAR, Köksal**, Doğum Kontrolünün Ortaya Koyduğu Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları, İstanbul Barosu Dergisi, 1969, Kasım-Aralık sayısı eki
94. **OMRAN, Abdel Rahim**, İslam Kültüründe Aile Planlaması, Ankara 1995
95. **ORTAYLI Nuriye/ ÇAĞATAY Levent**, Türkiye Sağlık Dergisi, Bir Bütünün Parçaları: Gebelikten Korunma ve İsteyerek Düşük, Özel Sayı 1: Düşükler, C. 10, Ankara 2012
96. **OTACI, Cengiz**, Türk Ceza Hukukunda Cenin Düşürtme ve Cenin Düşürme Suçları, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:3, Sayı:8, Ankara, 2008
97. **OZANKAYA, Özer**, Toplumbilim, 10. Basım, İstanbul 1999
98. **ÖNDER, Ayhan**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Cürümler, İstanbul, 1994
99. **ÖNDER, Ayhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-II, İstanbul, 1992
100. **ÖNOK**, Rifat Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006
101. **ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2010

102. **ÖZEN, Mustafa**, 5237 s.lı TCK. Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler, TBB Dergisi, sayı 63, 2006
103. **ÖZGEN, Eralp**, Çocuk Düşürme, Türk Hukuku ve Toplumunu Üzerine İncelemeler, Türkiye Kalkınma Vakfı Yayınları No.1, Sevinç Basımevi, Ankara, 1974
104. **ÖZGENÇ, İzzet**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996
105. **ÖZGENÇ, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012
106. **ÖZSUNAY, Ergun**, Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ulusal Hukuk Düzenlerinde Embriyo ve Cenin'in Hukuksal Durumu ve Korunması, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, İstanbul 2011
107. **ÖZTÜRK, Bahri /ERDEM, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Bası, Ankara 2013
108. **ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SIRMA, Özge/ KIRIT, Yasemin F. Saygılar/ AKCAN, Esra Alan/ ERDEM, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2013**
109. **ÖZÜTÜRK, Nejat**, TCK Şerhi ve Tatbikatı, c.II, Ankara1966
110. **PARRY, Aaron**, (çev. Estraya Seval Vali) Talmut nedir? İstanbul 2008
111. **PERRON, Walter**, Landesbericht Spanien, Schwangerschaftsabbruch im Internationalen Vergleich, Teil 1: Europa, (Hrgs. Eser/Koch)
112. **PLAGEMANN, Dirk**, Landesbericht Kanada, Schwangerschaftsabbruch im Internationalen Vergleich, Eser, A./Koch, H. G. (Hrsg.) Teil 2. Baden Baden 1989
113. **POLAT, Oğuz**, Kriminal Abortus, İstanbul Barosu Konferans Tebliği, 2012
114. **POLL, H. W.**, Die Einwilligung Verletzten in der İtalienischen Strafrechtslehre und Gesetzgebung, Köln 1937
115. **PROUDHON, Pierre Joseph**, İktisadi Çelişkiler Sistemi ya da Sefaletin Felsefesi, İstanbul, 2012
116. **RENGIER, Rudolf**, Strafrecht Besonderer Teil II, 10 Auf., München 2009
117. **CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS**, Religious Voices Worldwide Support Choice, Briefing Paper, September 2005, (www.reproductiverights.org)
118. **ROXİN, Claus**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen-Der Aufbau der Verbrechenlehre, München 2006
119. **RUNKLE, Gerald**, A History of Western Political Theory, New York 1968

120. **SAĞLAM, Fazıl**, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, Ankara 1982
121. **SANCAR, Türkan Yalçın**, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Ankara 2013
122. **SAVGULİDZE, Tamas / SCHİTTENHELM, Ulrike**, Landesbericht Sowjetunion, Schwangerschaftsabbruch im Internationalen Vergleich, Teil 1: Europa, (Hrgs. Eser/Koch)
123. **SCHOLTEN, Hans-Joseph**, Landesbericht Niederlande, Schwangerschaftsabbruch im Internationalen Vergleich, Teil 1: Europa, (Hrgs. Eser/Koch)
124. **SCHWARZENEGGER, Christian/ HEİMGARTNER, Stefan**, Basler Kommentar, Strafrecht II, (Hrsg. Nigli, M.A./ Wipraechtger, H.), 2. Auf., Basel 2007
125. **SEMİZ, Y.**, 1923-1950 Döneminde Türkiye’de Nüfusu Artırma Gayretleri, S.Ü. Türkiyat Araştırmaları Dergisi 2010
126. **SIEGEL, Reva B.**, The Constitutionalization of Abortion, http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Siegel_ConstitutionalizationAbortion.pdf, erişim tarihi: 20.10.2013
127. **SIMSON, Gerhard/ GEERDS, Friedrich**, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte, München, 1969
128. **SMITH, Antony**, İnsan, Yapısı ve Yaşamı -The Body-, (çev. Erzen Onur-Nida Tektaş), İstanbul 1972
129. **SPANİOL, Margret**, Landesbericht Belgien, Schwangerschaftsabbruch im Internationalen Vergleich, Teil 1: Europa, (Hrgs. Eser/Koch)
130. **ŞAFAK, Ayşe Aydın**, Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması, Güncel Hukuk, Temmuz 2012
131. **ŞEN, Ersan**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: I (Madde 1 – Madde 140), İstanbul, 2006
132. **ŞİMŞEK Fatma/ EROĞLU, Haldun/ DİNÇ, Güven**, Osmanlı İmparatorluğunda İskat-ı Cenin, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 1, 6. Basım, 2009
133. **TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan**, Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla), Legal Hukuk Kitapları Serisi:207, İstanbul, 2012
134. **T.C. 10. KALKINMA PLANI**, RG. 6 Temmuz 2013, s. 28699 (mükerrer)
135. **TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SANCAKTAR Oğuz/ ÖNOK Rifat Murat**, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2011

136. TEZCAN, Durmuş /ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Rifat Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara 2009
137. **TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK Rifat Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı. Seçkin Yayınları, Ankara, 2013
138. **TEZCAN, Sebahat/ AKADLI GÖÇMEN, Banu**, Türkiye’de İsteyerek Düşükler, Türkiye Halk Sağlığı Dergisi, , Cilt 10, Özel Sayı 1: Düşükler, Ankara 2012
139. **TOROSLU, Nevzat**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Konusu, Ankara, 1970
140. **TOSUN, M./YALVAÇ, K.**, Sümer, Babil, Asur Kanunları Ammi-Şaduqa Fermanı, TTK Yayınları, 7. dizi, sayı 67, Ankara 1975
141. Türkiye İstatistik Kurumu Adrese Dayalı Nüfus Kayıt Sistemi (TÜİK-ADNS), www.tuik.gov.tr
142. TÜRKÇE SÖZLÜK, Türk Dil Kurumu, 2005
143. **TÜRMEEN, Rıza**; AİHM Kararları ve Kürtaj, 05.06.2012 tarihli Radikal Gazetesi, Kaynak: http://www.radikal.com.tr/yorum/kurtaj_ve_insan_haklari-1090136# [Erişim tarihi: 29.11.2013]
144. **UDEH, Abdülkadir**, Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuku, 3.Cilt, Ankara, 1991
145. UNFPA (Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu) İnternet Sitesi, (Erişim tarihi: 27.06.2013)
146. **ÜNVER, Yener**, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri, 1. Baskı, İstanbul, 2007
147. **WESSELS, Johannes / HETTINGER, Michael**, Strafrecht Besonderer Teil 1, Straftaten gegen Persönlichkeits-und Gemeinschaftswerte, 35. Auf., Heidelberg, 2011
148. **YARSUVAT, Duygun**, Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi, İÜHFM İstanbul 1982, 1983, 1-4
149. **YAŞAR, Osman/ GÖKCAN Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, Adalet Yayınları, Ankara, 2010
150. **YAYLA, Murat**, “Hangi Gebeliklerde Tıbbi Tahliye Gerekebilir? Sınırı Nedir? Kuralı Var mıdır?”, Kürtaj ve Gebelik Tahliyesi Paneli, 13 Mart 2013, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, İstanbul 2013
151. **YILMAZ, Halil**, Cenini Öldürme (Çocuk Düşürtme/ Düşürme) Suçu, Ankara Barosu Dergisi, 2001/2, Ankara

152. **YURTCAN, Erdener**, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, Yasal Kürtaj ve Starilizasyon, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları, İstanbul 1990
153. **ZENGİN, Mehmet Ali**, Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Ankara, 2012
154. Türk Hukuk Lugatı, Maarif Matbaası, Ankara, 1944
155. Abortion Worldwide: A Decade of Uneven Progress, Guttmacher Institute
<http://www.guttmacher.org/pubs/Abortion-Worldwide.pdf>, erişim tarihi:
29.11.2013