

İSTANBUL ŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

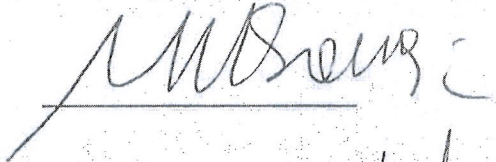
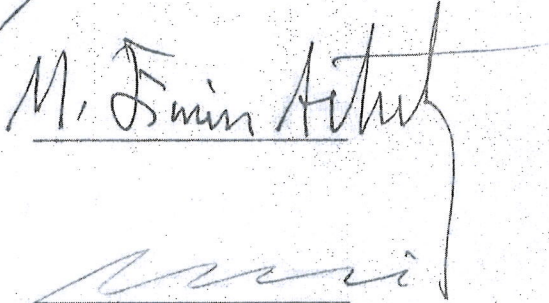

ÇOCUK DÜŞÜRTME VE DÜŞÜRME SUÇLARI

ÖZGE DEMİRCAN PENCERECİ

TEMMUZ 2017

Bu tez tarafımızca okunmuş olup kapsam ve nitelik açısından, Kamu Hukuku alanında Yüksek Lisans Derecesini alabilmek için yeterli olduğuna karar verilmiştir.

Tez Jürisi Üyeleri:

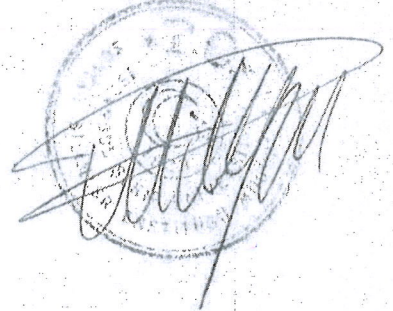
	KANAATI	İMZA
Prof. Dr. Mahmut Koca (Tez Danışmanı)	<u>Kabul</u>	
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk	<u>Kabul</u>	
Yrd. Doç. Dr. Mehmet Emin Alşahin	<u>Kabul</u>	

Bu tezin İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından konulan tüm standartlara uygun şekilde yazıldığı teyit edilmiştir.

Tarih

03.08.2017

Mühür/İmza



Bu çalışmada yer alan tüm bilgilerin akademik kurallara ve etik ilkelere uygun olarak toplanıp sunulduğunu, söz konusu kurallar ve ilkelerin zorunlu kıldığı çerçevede çalışmada zgn olmayan tüm bilgi ve belgelere, alıntılama standartlarına uygun olarak referans verilmiş olduğunu beyan ederim.

Adı Soyadı: Özge Demircan Pencereci

İmza:



ÖZ

ÇOCUK DÜŞÜRTME VE DÜŞÜRME SUÇLARI

Demircan Pencereci, Özge

Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mahmut Koca

Temmuz 2017, 161 sayfa

Çocuk düşürtme ve düşürme suçlarından kastedilen; anne karnındaki canlı ceninin yaşamına son verilmesi halidir. Çocuk düşürtme ve düşürme suçlarına ilişkin yasal düzenlemeler, kanunun izin vermediği türden toplum dilinde kürtaj eylemlerini, yasanın izin verdiği ve hukuk düzenince caiz görülenlerden ayırarak, korunması gerekli hukuki değerleri ortaya koymuştur. Kürtaj, son zamanlarda özellikle gebeliğin sonlandırılabilceği sürenin düşürülmesinin ve hatta tıbbi zorunluluklar hariç tamamen kaldırılmasının planlanması neticesinde, pek çok tartışmayı beraberinde getirmiş, gündeme oturmuş konular arasında yer almaktadır.

Bu çalışmanın amacı; gerek Türk Hukukunda gerekse yabancı ülke kanunlarındaki gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin yasal düzenlemeleri, bu düzenlemelerin nüfus, sağlık, din, ekonomik-sosyal değerlerle olan ilişkisini, tartışma yaratan konularını ve sonuçlarını, kanunda yapılması gereken düzenlemeleri ortaya koymaktır.

Türk Hukuku'nda gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemeler, 2827 sayılı NPHK ve 5237 sayılı TCK'da düzenlenmiş olup ekonomik, sosyal ve tıbbi gelişmelere bağlı olarak değişmiş ve son halini almıştır. Günümüz ihtiyaçlarını karşılar nitelikte olduğu tartışmalı olan bu düzenlemeler ile on haftaya kadar olan gebeliğin, gebe kadın yahut yetkili hekim tarafından sonlandırılmasına izin verilmiş, on haftadan sonraki gebeliklerde ise gebeliğin sonlandırılabilmesi, tıbbi zorunluluk yahut acil hallerin bulunması şartına bağlı tutulmuştur.

Böylece gebeliğin sonlandırılmasının mutlak olarak yasaklandığı düzenlemeler kaldırılarak, isteğe bağlı gebeliğin yasal şartları oluşturulmuştur.

Yasal olarak bir takım düzenlemelerin ve değişikliklerin yapılması gerekmele beraber, gebe kadının özellikle sağlığı ve yaşamı söz konusu olduğunda, kürtaj hizmetine ulaşabilmenin kolaylaştırılması ancak kürtajın asla aile planlaması yöntemi olarak görülmemesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Cenin, gebelik süresi, yetkili/yetkisiz kişiler, gebeliğin sonlandırılması.



ABSTRACT

ABORTION

Demircan Pencereci, Özge

LL.M. in Public Law

Thesis Advisor: Prof. Mahmut Koca

July 2017, 161 pages

The mean of abortion is, claim to embryos', which are alive in their mothers' venters, lifes. Legal values about abortion, which are must be protected, are protected by legal arrangements by the way of separating things whether they are legal or not. Nowadays, abortion is on the front burner topic, because legal-term for abortion was changed by governments in recent times. Also, governments are planning to ban abortion in the near future except for medical obligations. This is a controversial think for people.

The aim of this project is setting out legal arrangements about abortion and consequences of this arrangements' influences about family planning, health, religion, social and economic values, topics which are contraversial about abortion and arrangements that supposed to be make in Turkish Criminal Law in the perspective of both Turkish Law and other countries' legal rules.

Legal arrangements about abortion in Turkish Law was regulated in, the law no. 2827, Law of Family Planning, and the law no. 5237 in Turkish Criminal Law. After that regulations, Abortions Law take its final form depending to economic developments, social developments and medical advances.

According to new regulations, abortion after 10th gestational weeks is illegal. This rule can be ignored only in emergency situations. In this case, legal boundaries which about abortion was determined by new regulations absolutely. It is controversial think that the regulations competible with the necessities of the time.

This topic need some legislative regulations and some changes. When pregnant's healths or lifes are in danger, abortion must be more accessible but abortion is not used for family planning.

Key words: Embryo, gestation period, authorized/unauthorized personels, pregnancy termination, abortion, family planning.



ÖNSÖZ

Kürtaj, toplumların nüfus politikasından ekonomik-sosyal durumlarına, dini inanışlarından ahlak anlayışlarına kadar pek çok konuya temas etmektedir. Bu yönüyle de her devletin kürtaj eylemine getirdiği sınırlamalar yahut esneklikler, temas ettiği bu konulara bağlı olarak değişmekteve biçimlenmektedir.

Bu tez çalışmasında, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen çocuk düşürtme ve düşürme suçları, Yargıtay kararları ışığında, AİHM'in konuya bakış açısı ve Mülga Ceza Kanunu ile karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler de göz önüne alınarak incelenmiştir.

Tezimin hazırlanması sürecinde her türlü destek, yardım ve bilgiyi benden esirgemeyen değerli hocam, Sayın Prof. Dr. Mahmut KOCA'ya teşekkür ederim.

Hayatım boyunca maddi-manevi desteklerini benden esirgemeyen, her an yanımda olan, karşılığı olmayan, paha biçilemez emekleriyle beni bu günlere getiren, sevgi ve ilgileriyle bana güç veren, beni destekleyen kıymetli annem İlknur Demircan'a, babam Cemal Demircan'a ve kardeşim Kadir Özgür Demircan'a teşekkürü bir borç bilirim. Sevgi ve destekleriyle hep yanımda olan teyzelerim Melike ve Çiğdem ERSÖZ'e anneannem Meliyha ERSÖZ'e, dayılarım Merih ve Melih ERÖZ'e, dedelerim Kadir DEMİRCAN ve Ahmet ERSÖZ'e teşekkür ederim.

Bu çalışmanın bitirilmesinde bana destek veren ve her zaman varlığını hissettiğim eşim Av. Levent Pencereci'ye de teşekkürlerimi sunuyorum.

İÇİNDEKİLER

Öz	iv
Abstract	vi
Önsöz.....	viii
İçindekiler	ix
Kısaltmalar Listesi.....	xv
BÖLÜMLER	
1. GİRİŞ	1
2. ÇOCUK DÜŞÜRTME VE DÜŞÜRME SUÇLARININ TARİHİ GELİŞİMİ, 765 SAYILI CEZA KANUNUNDAKİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER İLE SUÇUN TÜRKİYE'DE İŞLENME SIKLIĞI VE SEBEPLERİ	3
2.1. Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçlarının Tarihi Gelişimi	3
2.2. Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçlarının Mülga 765 Sayılı Ceza Kanunundaki Karşılığı	8
2.3. Karşılaştırmalı Hukukta Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları.....	14
2.3.1. Yabancı Ülke Kanunlarında Kürtaja Getirilen Sınırlamalar	14
2.3.2. Yabancı Ülkelerin Ceza Kanunlarından Örnekler	15
2.3.2.1. Afgan Ceza Kanunu	15
2.3.2.2. Liberya Ceza Kanunu.....	16
2.3.2.3. Kıbrıs Ceza Kanunu.....	18
2.3.2.4. Alman Ceza Kanunu	20
2.3.2.5. Malta Ceza Kanunu	22
2.3.2.6. Fransız Ceza Kanunu	23
2.3.2.7. İngiliz Ceza Kanunu	24
2.3.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçu	26
2.4. Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçlarının Türkiye'de İşlenme Sıklığı ve Sebepleri	30
3. ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU	33
3.1. Genel Açıklamalar.....	33
3.2. Gebe Kadının Rızası Olmaksızın Gerçekleştirilen Çocuk Düşürtme Suçu	34

3.2.1. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler	34
3.2.2. Korunan Hukuki Değer	35
3.2.3. Suçun Unsurları.....	37
3.2.3.1. Tipikliğin Maddi Unsurları.....	37
3.2.3.1.1. Fail	37
3.2.3.1.2. Mağdur	42
3.2.3.1.3. Suçun Konusu	43
3.2.3.1.4. Fiil.....	48
3.2.3.1.5. Netice	51
3.2.3.1.6. Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet.....	51
3.2.3.2. Tipikliğin Manevi Unsurları	52
3.2.3.3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru	54
3.2.3.3.1. Genel Olarak.....	54
3.2.3.3.2. İlgilinin Rızası	54
3.2.3.3.2.1. Rızanın Hukuki Mahiyeti.....	54
3.2.3.3.2.2. Rıza Açıklaması	57
3.2.3.3.2.3. Rızaya Ehliyet ve Geçerliliği İçin Aranılan Şartlar	60
3.2.4. Suçun Nitelikli Halleri.....	74
3.2.4.1. Genel Olarak	74
3.2.4.2. Ceninin Yetkili Olmayan Bir Kişi Tarafından Düşürtülmesi	74
3.2.5. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri	75
3.2.5.1. Genel Açıklamalar	75
3.2.5.2. TCK'nın 99. Maddesinin Üçüncü Fıkrasında Sayılan Ağır Neticeler	76
3.2.5.2.1. Fiilin Kadının Beden veya Ruh Sağlığı Bakımından Bir Zarara Uğramasına Yol Açması	76
3.2.5.2.2. Fiilin Kadının Ölümüne Yol Açması.....	79
3.2.6. Kusurluluğu Etkileyen Haller.....	80
3.2.7. Kastı Kaldıran ve Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri.....	80
3.2.8. Teşebbüs.....	83
3.2.9. İştirak	85
3.2.10. İçtima	87
3.2.11. Yaptırım.....	89

3.2.12. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü	91
3.2.12.1. Genel Olarak	91
3.2.12.2. Dava ve Ceza Zamanaşımı.....	91
3.2.12.3. Görevli ve Yetkili Mahkeme	92
3.2.12.4. Suçun Yurtdışında İşlenmesi ve Kovuşturulabilme Şartları	93
3.3. Rızaya Dayalı Olarak Gerçekleştirilen Çocuk Düşürtme Suçu.....	95
3.3.1. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler	95
3.3.2. Korunan Hukuki Değer.....	98
3.3.3. Suçun Unsurları.....	98
3.3.3.1. Tipikliğin Maddi Unsurları.....	98
3.3.3.1.1. Fail	98
3.3.3.1.2. Mağdur	98
3.3.3.1.3. Suçun Konusu	100
3.3.3.1.4. Fiil	101
3.3.3.1.5. Netice	101
3.3.3.1.6. Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet.....	102
3.3.3.2. Tipikliğin Manevi Unsurları	102
3.3.3.3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru	102
3.3.4. Suçun Nitelikli Halleri.....	103
3.3.4.1. Genel Olarak	103
3.3.4.2. Ceninin Yetkili Olmayan Bir Kişi Tarafından Düşürtülmesi	103
3.3.5. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri	104
3.3.5.1. Genel Açıklamalar	104
3.3.5.2. TCK'nın 99. Maddesinin Dördüncü Fıkrasında Sayılan Ağır Neticeler	104
3.3.5.2.1. Fiilin Kadının Beden veya Ruh Sağlığı Bakımından Bir Zarara Uğramasına Yol Açması	104
3.3.5.2.2. Fiilin Kadının Ölümüne Yol Açması.....	104
3.3.6. Kusurluluğu Etkileyen Haller.....	104
3.3.6.1. Tıbbi Zorunluluk	104
3.3.6.1.1. Genel Olarak.....	104
3.3.6.1.2. Tıbbi Zorunluluk Halleri	105

3.3.6.1.3. Tıbbi Zorunluluğun Hukuki Mahiyeti.....	109
3.3.6.2. Suç Sonucu Gebe Kalınması	113
3.3.7. Kastı Kaldıran ve Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri.....	123
3.3.8. Teşebbüs	124
3.3.9. İştirak	124
3.3.10. İçtima	125
3.3.11. Yaptırım.....	125
3.3.12. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü	127
3.3.12.1. Genel Olarak	127
3.3.12.2. Dava ve Ceza Zamanaşımı.....	128
3.3.12.3. Görevli ve Yetkili Mahkeme	128
3.3.12.4. Suçun Yurtdışında İşlenmesi ve Kovuşturulabilme Şartları	129
3.4. On Haftaya Kadar Olan Gebeliğin Yetkisiz Hekim Tarafından Sonlandırılması Suçu	131
3.4.1. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler	131
3.4.2. Korunan Hukuki Değer.....	131
3.4.3. Suçun Unsurları.....	131
3.4.3.1. Tipikliğin Maddi Unsurları.....	131
3.4.3.1.1. Fail	131
3.4.3.1.2. Mağdur	132
3.4.3.1.3. Suçun Konusu	132
3.4.3.1.4. Fiil	133
3.4.3.1.5. Netice	133
3.4.3.1.6. Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet.....	133
3.4.3.2. Tipikliğin Suçun Manevi Unsuru	133
3.4.3.3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru	134
3.4.4. Suçun Nitelikli Halleri.....	134
3.4.5. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri.....	135
3.4.6. Kusurluluğu Etkileyen Haller.....	135
3.4.7. Kastı Kaldıran ve Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri.....	135
3.4.8. Teşebbüs.....	136
3.4.9. İştirak	136

3.4.10. İctima	136
3.4.11. Yaptırım.....	137
3.4.12. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü	137
3.4.12.1. Genel Olarak	137
3.4.12.2. Dava ve Ceza Zamanaşımı.....	138
3.4.12.3. Görevli ve Yetkili Mahkeme	138
4. ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇU	139
4.1. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler	139
4.2. Korunan Hukuki Değer	139
4.3. Suçun Unsurları	140
4.3.1. Tipikliğin Maddi Unsurları.....	140
4.3.1.1. Fail.....	140
4.3.1.2. Mağdur.....	140
4.3.1.3. Suçun Konusu.....	141
4.3.1.4. Fiil.....	142
4.3.1.5. Netice	142
4.3.1.6. Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet.....	143
4.3.2. Tipikliğin Manevi Unsurları	143
4.3.3. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	144
4.4. Suçun Nitelikli Halleri.....	144
4.5. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri	145
4.6. Kusurluluğu Etkileyen Haller	145
4.7. Kastı Kaldıran ve Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri	145
4.8. Teşebbüs.....	145
4.9. İştirak	146
4.10. İctima	147
4.11. Yaptırım	147
4.12. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü.....	149
4.12.1. Genel Olarak	149
4.12.2. Dava ve Ceza Zamanaşımı	149
4.12.3. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	149
5. SONUÇ.....	151



KISALTMALAR LİSTESİ

AİHM.	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.
AİHS.	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
BKZ.	: Bakınız.
CMK.	: Ceza Muhakemeleri Kanunu.
E.	: Esas.
ECHR	: European Court of Human Rights.
K.	: Karar.
NPHK.	: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun.
S.	: Sayfa.
T.	: Tarih.
TAAD.	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi.
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu.
TCK.	: Türk Ceza Kanunu.
TMK.	: Türk Medeni Kanunu.
TNSA	: Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırmaları.
YCD.	: Yargıtay Ceza Dairesi.
YCGK.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu.

BÖLÜM 1

GİRİŞ

Çocuk düşürtme ve düşürme, toplum dilinde kürtaj en basit tanımıyla; canlı ceninin yaşamına son verilmesi durumudur. Kişiliğin tam ve sağlam doğumla başladığını kabul eden Türk Hukuk sistemi, belli şartlar altında henüz kişilik kazanmamış cenini de koruma altına alarak, kürtaj konusunda yasal düzenlemeler getirmiştir.

Günümüzde hemen hemen her ülkenin ceza kanunlarında yer verilen kürtaj, kimi ülkelerde tamamen yasaklanırken, kimi ülkelerde belirli şartların gerçekleşmesine bağlı olarak yasal görülmektedir. Kanunen gebeliğin sonlandırılmasına izin verilen ülkelerde dahi, her ne kadar kürtaj kadının kendi bedeni üzerinde gerçekleştirilecek bir müdahale olsa da, bu müdahale ve müdahaleye gebe kadının izni her durumda kabul edilmemiş ve bir takım sınırlamalar getirilmiştir.

Türkiye’de oldukça az su yüzüne çıkan kürtaj eylemleri, gerek dini gerekse sosyo-psikolojik nedenlerle toplumca meşru görülmediğinden, sağlık koşulları kötü, izbe yerlerde, yanlış yöntemlerle yahut ilaçlarla yapılmakta ve bu durum çoğu kadının sağlığına zarar verirken, bir kısmının tekrar gebe kalmasını önleyen sonuçlara ve hatta ölümlere dahi yol açabilmektedir. Belki de bu yüzden bu konuda ceza kanunlarıyla getirilen sınırlı izinler, bu türden kürtaj eylemlerini azaltmakta yahut kürtajın neden olacağı zararlı sonuçlardan korunmak için, doğru yer, doğru zaman ve doğru yöntemi göstermektedir.

TCK’nın 99 ve 100. maddelerinde yer alan çocuk düşürtme ve düşürme suçları, doktrinsel tartışmaları içinde barındıran, yoruma açık ve yeni düzenlemeler yapılmasını gerektiren hükümler içermektedir. Daha en başında suçun konusunun cenin olması ancak, kanunda çocuk düşürtme/düşürme suçu olarak düzenlenmesi, madde metninde değişikliği gerektiren başlıca sebepler arasındadır. Çocuk düşürtme suçunun failinin herkes mi yoksa yetkili ve yetkisiz hekim mi olduğu noktasında kanunda bir açıklık bulunmaması, gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında farklı

yorumlara yol açmıştır. Rızanın çocuk düşürtme suçu açısından tipikliğin bir unsuru mu yoksa hukuka uygunluk sebebi mi oluşturduğu, gebeliğin sonlandırılmasında eşin rızasının aranıp aranmayacağı, suçun koruduğu hukuksal değerlerin neler olduğu, suç mağdurunun cenin mi yoksa gebe kadın mı olduğu, tıbbi zorunluluk kavramı ve hukuki mahiyeti, suç sonucu gebe kalınması durumunun şahsi cezasızlık sebebi oluşturup oluşturmadığı gibi, pek çok konuda fikir ayrılıkları mevcuttur.

Çocuk düşürtme ve düşürme suçunun, toplumların din, vicdan ve ahlak değeri ile ekonomik-sosyal durumlarıyla yakından ilişkili olması, konu hakkında gündemde yer alan tartışmaların bol olması ve bunları fikir ayrılıklarının izlemesi, pratik ve teorinin çok farklı işlemesi, yalnızca Ceza Hukuku ile değil Tıp Hukuku ile yakından ilişkili bir konu olması ve dolayısıyla bu iki alanın birlikte çalışmasını gerektiren bir alan olması, bu konuyu seçmemin başlıca sebepleri arasındadır. Özellikle de Türkiye’de, gizlenmesi sebebi ile örneklerinin az olduğu da göz önüne alındığında, bana oldukça geniş bir çalışma alanı yaratmış ve tartışmalardan yola çıkarak kendi kanaatimi oluşturmama zemin hazırlamıştır.

Bu çalışmada birinci bölümde; çocuk düşürtme ve düşürme suçlarının tarihi gelişimi, 765 sayılı Ceza Kanunu’ndaki ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ile bu suçların Türkiye’de işleme sıklığı ve sebepleri ele alınmıştır. İkinci bölümde; rızasız çocuk düşürtme suçu, rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen çocuk düşürtme suçu ve on haftaya kadar olan gebeliğin yetkisiz hekim tarafından sonlandırılması suçları, tüm maddi ve manevi unsurları ile suçun unsurları dışında kalan hukuka aykırılık, kusurluluk, iştirak, içtima, teşebbüs ve yaptırım konuları, doktrindeki tartışmalar da göz önünde bulundurarak Yargıtay kararları ışığında ve AİHM’in konuya bakış açısı da değerlendirilerek incelenmiştir. Son bölümde ise; çocuk düşürme suçu, tüm unsurları ile ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

BÖLÜM 2

ÇOCUK DÜŞÜRTME VE DÜŞÜRME SUÇLARININ TARİHİ GELİŞİMİ, 765 SAYILI CEZA KANUNUNDAKİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER İLE SUÇUN TÜRKİYE'DE İŞLENME SIKLIĞI VE SEBEPLERİ

2.1. Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçlarının Tarihi Gelişimi

Geçmişten günümüze, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin getirilen tüm yasal düzenlemelere bakıldığında, bunların düzenlendiği dönemdeki ekonomik, sosyal, dini ve demografik şartları yansıttığı görülmektedir.

Eski Roma'da çocuk düşürmeye izin verilirken, Hristiyanlığın kabul edilmesiyle beraber bu anlayış terkedilmiştir. Başlangıçta cenini öldürmek cinayet kabul edilmediğinden ahlak dışı ve suç olarak görülmezken, sonraları çocuk düşürme suçu özel olarak düzenleme altına alınmıştır. Önceleri ebeveyn rızası ile gerçekleştirilen çocuk düşürtme fiiline ceza verilmemekteydi. Eğer kadın cebri yola başvurarak yahut hırs amacıyla çocuk düşürmüşse, sürgün ve hatta ölüm cezasıyla cezalandırılmaktaydı. Daha ilerleyen dönemlerde çocuk düşürme ancak gebe kadının sağlığı için gerekliyse yapılabilir hale gelmişti¹.

Roma Hukukunda kürtaj ilk defa Kayser Konstantin tarafından yasaklanmış ve kürtaj eylemini yapan kişinin kılıç ile kafasının uçurulmasını öngören bir uygulama getirilmiştir. İlerleyen zamanlarda savaşların artmasına bağlı olarak erkeklere, cephe gerisinde de kadınlara olan ihtiyacın artması üzerine, kürtaj yasağı 1532 yılında yasal hale getirilmiş ve ölüm cezası yaptırımına bağlanmıştır².

¹ Dönmez, Burcu, TCK'da Çocuk Düşürme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007, s. 102,103.

² Göçmen, Doğan, Kürtajı Savunmak Yaşamı Savunmaktır – Kıtas Kadının İradesidir- <https://dogangocmen.files.wordpress.com/2012/06/kc3bcrtaj-yac59fam-hakkc4b1-ve-kadc4b1nc4b1n-iradesi.pdf> , (Son Erişim: 24.06.2017), s. 2,3.

Osmanlı Devletinde 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi yürürlüğe girene kadar, çocuk düşürme fiili islam hukuku esaslarına göre cezalandırılmaktaydı. Bu konuda çıkarılan fermanlarla çocuk düşürme fiilinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. 1838 tarihinde Meclis-i Umur-ı Nafi'a tarafından verilen kanun tasarısında; milletin kuvvet ve gücünün nüfusun artmasına bağlı olduğu, bunu sağlamanın devletin temel görevi olduğu belirtilmiştir. Ceninin Allah tarafından yaratıldığı ve bu sebeple de onu öldürmenin ilahi iradeye karşı gelmek olduğu ve büyük bir günah olduğu belirtilerek, çocuk düşürmeye iten sebeplerin ortadan kaldırılması tavsiye edilmiştir. İş bu tasarıya, çocuk düşürmek isteyen hamile kadınlarla beraber kocalarının da cezalandırılacağı eklenerek kabul edilmiştir. Tanzimat sonrası çıkarılan 1841 ve 1851 tarihli Osmanlı Ceza Kanunlarında çocuk düşürmeye ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte ilk 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinde düzenlemelere rastlamaktayız³.

Ardından 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesi'nin 192. ve 193. maddelerinde, çocuk düşürtme ve düşürme fiilleri yaptırıma bağlanmıştır. Kanunnamenin 192. maddesine göre; kasten hamile bir kadının çocuğunu düşürmesine sebep olmanın cezası; geçici kürektir⁴ ve şer'i diyettir. Kanunnamenin 193. maddesine göre ise; hamile bir kadına çocuğunu düşürmesi için ilaç içirmenin ya da yöntem göstermenin cezası; normal kişiler için altı aydan iki seneye kadar hapis, doktor, cerrah ya da eczacı için geçici kürektir. Her iki maddede de gebeliğin süresi, somut olayda tıbbi zorunluluğun yahut gebe kadının rızasının bulunup bulunmadığı gibi konulara yer verilmemiştir⁵.

Cumhuriyetin kuruluşundan 1965 yılına kadar geçen dönemde, Birinci Dünya Savaşı ve Kurtuluş Savaşı'nda verilen kayıpların çok ağır olması, ülkenin savunma

³ Konan, Belkis, Osmanlı Devletinde Çocuk Düşürme Suçu, AÜHFD, Cilt: 57, Sayı: 4, 2008, s.327,330.

⁴ "Osmanlı döneminde adam öldürme, resmi evrakta sahtecilik, yağma, zimmet, kumar, gasp, hırsızlık gibi suçların cezası olarak 16. Yüzyıldan itibaren yaygın bir ceza halinde uygulanan kürek cezası, gemilerde kürek çekirmek suretiyle uygulanmaktaydı." (Bkz. Avcı, Mustafa, Osmanlı Uygulamasında İnfazı Özellik Gösteren Hapis Türleri: Kalebentlik, Kürek ve Prangabentlik, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 1, 2002.

⁵ Öner, Senem, Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 1810 Tarihli Fransa Ceza Kanunu'dan Çevrilmesi, Doktora Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Batı Dilleri ve Edebiyatları Ana Bilim Dalı, İstanbul 2013, s. 78.

gereksinimi, tarımsal ekonomi için gerekli insan gücünün yetersizliği ve yüksek sayıda çocuk ölümü gibi nedenlerle, gebeliğin sonlandırılması mutlak surette yasaklanmıştı. Bu yasak, 1926 tarihli, 765 sayılı TCK'da ve 1930 tarihli, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nda açıkça düzenlenmişti ⁶.

Nitekim 765 sayılı Ceza Kanunu'nun 468 ve 469. maddelerindeki düzenlemeye göre; alet ve ilaç kullanarak veya başkası tarafından kullanılmasına razı olarak, çocuğunu düşüren kadın ve bir kadının rızası ile vasıta temin ederek çocuğunu düşürten kimse, hapis cezası ile cezalandırılmakta idi. Yine Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 152. maddesinde çocuk düşürmeye yarayan aletlerin ithal ve satışı yasaklanmıştı.

Bu dönemde sadece kürtaj değil, gebe kalmamak için doğum kontrol yöntemlerinin kullanılması dahi yasaklanmış, doğurganlığa teşvik politikası güdülmüştü. Bu teşvikin en baskın örneğini, 12.06.1926 tarihli, 1525 sayılı Şose ve Köprüler Kanunu'nda görmekteyiz. Kanunun 9. maddesinde yer alan düzenlemeye göre; 18-60 yaş arasındaki erkeklerin yol yapımında çalışması zorunluymuş, beş çocuğu olan erkekler çalışmaktan muaf tutulmuştu⁷.

Bunun gibi 24/04/1930 tarihli, 1593 sayılı, Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 156. maddesine getirilen bir düzenleme ile altı veya daha fazla çocuğu olan kadınlara, devlet tarafından para ödülü ya da bunun yerine isterlerse madalya verilmesi hükme bağlanmıştı. Aynı kanunun 152. maddesinde, çocuk düşürmeye yarayan maddelerin ithal edilmesi yasaklanmıştı. Yine kanunun 153. maddesinde, devletin resmi kurumlarında doğum yardımının ücretsiz olduğu düzenlenmiş ve 154. maddesinde hükümet ve belediye tabipleri ile ebeler, fakir kadınların doğurmasına ücretsiz olarak yardım etmekle yükümlü kılınmışlardı. Yasanın diğer maddelerinde devlete doğumu

⁶ Kaleci, Ahmet Ozan/Mete, Çınar/Ünal, Cansu/Yıldırım, Alperen Kutay, 1983 Tarihli "Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük"ün Hazırlanmasındaki Tarihsel Süreç, <http://tip.baskent.edu.tr/kw/upload/600/dosyalar/cg/sempozyum/ogrsmpzsnm15/15.P14.pdf> (Son Erişim: 13.10.2014).

⁷ Bozkurt, Başak, Kürtaj Yasalarının Nüfus Politikasıyla İlişkisi: 1960'lardan Günümüze Türkiye, Lisans Bitirme Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü, İstanbul 2013, s. 39.

arttırmak, anne ile çocuk ölümlerini azaltmak için gerekli tedbirleri almak yükümlülüğü getirilmişti⁸.

18 Mart 1926 tarihli ve 788 sayılı Memurin Kanununun 88. maddesi ile belli bir süreyle görev yapan memurların çocuklarının ilkinden ücretin yarısı, diğer çocuklarından ise üçte biri alınarak yatılı okullara alınabilecekleri ve on yıl hizmet etmiş bir memurun bir çocuğunun parasız, diğer çocuklarının yarı ücretle yatılı okullara kabul edileceğine ilişkin düzenlemelerle, memurların çocuk sahibi olmaları teşvik edilmişti. 12 Haziran 1937 tarihli, 3253 sayılı Çok Çocuklu Hakimlere Yardım Paraları İle İkramiye Hakkında Kanun'la hakimlere, hakim sınıfından sayılan memurlara, adliye vekaleti bütçesinden maaş almakta olan adli tabiplere vs. her türlü vergiden muaf yardım sağlanılmaktaydı⁹. Bunun gibi örnekleri çoğaltmak mümkün.

Ülke nüfusunun giderek en yüksek seviyeye ulaşması ve bunun ekonomik ve sosyal sıkıntıları beraberinde getirmesi ile yasak olması sebebiyle gizlenerek, sağlıksız ortamlarda yapılan kürtajların anne ölümlerine yol açmasına bağlı olarak, Türkiye'de gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemeler gündeme gelmeye başladı¹⁰.

İlk düzenleme 1965 yılında yürürlüğe giren 557 sayılı NPHK'da, gebeliğin sona erdirilmesine yalnızca tıbbi zorunluluk halinde izin veren hükümler getirilerek yapıldı. Nitekim kanunun "Tıbbi zaruret halinde gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon yapılmasıyla ilgili hükümler" başlıklı 3. maddesinde, gebeliğin anne hayatını tehdit ettiği ya da edeceği, ceninin normal gelişimini imkansız kılan, doğacak çocuk ve onu takip edecek nesiller için ağır maluliyet teşkil edecek durumlar, tıbbi zorunluluk halleri olarak düzenlenmiş ve bu hallerde rahim tahliyesine izin verilmişti. Keza aynı kanunda, derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı ya da hayati organlardan birini

⁸ Semiz, Yaşar, 1923–1950 Döneminde Türkiye'de Nüfusu Arttırma Gayretleri ve Mecburi Evlendirme Kanunu (Bekarlık Vergisi), Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı: 27, 2010, s. 434.

⁹ Semiz, s. 432.

¹⁰Şafak, Ayşe Aydın, Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması, http://bianet.org/files/doc_files/000/000/588/original/tu%CC%88rkiye_de_ku%CC%88rtaj_hakk%C4%B1n%C4%B1n_gelis%CC%A7imi.pdf, s. 3. (Son Erişim: 11.11.2015).

tehdit eden acil hallerde de, durumu tespit eden yetkili hekim tarafından rahmin tahliye edilebileceği düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere bu düzenlemelerle, kürtajın tamamen yasaklandığı bir dönemden, kürtaja ancak tıbbi zorunluluk ve acil durumlarda izin verilen bir döneme geçilmiştir. Bu durumlar haricinde rahim tahliyesi yine yasaklanmış olup isteğe bağlı rahim tahliyesinin henüz yasal bir dayanağı yoktu.

557 sayılı NPHK'yı yürürlükten kaldıran, 24.05.1983 tarih ve 2827 sayılı NPHK ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan 83/7395 sayılı ve 14.11.1983 tarihli Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, bazı şartlarla gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılmasını içeren düzenlemeler getirmiştir. Bu kanunla ilk defa, gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılması Türk Hukuku'nda yasal dayanağa kavuşmuştur. Kanunun 5. maddesine göre; ancak gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar ve annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca bulunmadığı hallerde, devletin denetim ve gözetimi altında, istek üzerine gebeliğin sona erdirilmesi mümkündür. Kanunun 4. ve 5. maddelerinde hangi şartlarla kastrasyon, gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon işlemlerinin yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu konuya ilişkin ayrıntılar ise; söz konusu kanuna dayanılarak çıkarılan 14.11.1983 tarih ve 87/7395 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te düzenlenmektedir.

01/06/2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olan, 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı TCK, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin en geniş düzenlemeleri getirmiştir. Gebeliğin sonlandırılması on hafta doluncaya kadar serbest bırakılmış, on haftadan sonra ise gebeliğin yalnızca tıbbi zorunluluk ve acil hallerde sonlandırılmasına izin verilmiştir. 5237 sayılı TCK ile getirilen en önemli yenilik ise; kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, yirmi haftaya kadar olan gebeliğin, kadının rızası ile uzman hekimler tarafından ve hastane ortamında sona erdirileceğine ilişkin düzenlemedir.

2.2. Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçlarının Mülga 765 Sayılı Ceza Kanunundaki Karşılığı

Çocuk düşürtme ve düşürme suçlarının, 765 sayılı Ceza Kanunu'nda nasıl düzenlenmiş olduğunu, kanunda yapılan tüm değişikliklerle beraber kronolojik sırayla incelemenin, daha yararlı olacağı kanaatindeyiz.

01/03/1926 tarih ve 765 sayılı Kanun'un 468. maddesinde, çocuk düşürme suçu düzenlenmiş, alet ve ilaç kullanarak veya başkası tarafından kullanılmasına razı olarak çocuk düşüren kadın için, altı aydan üç seneye kadar hapis cezası öngörülmüştür. Görüldüğü üzere; 5237 sayılı TCK'dan farklı olarak süre sınırlaması yapılmaksızın, gebeliğin sonlandırılması mutlak surette yasaklanmıştır.

Kanunun 469. maddesinde; rızaya dayalı olarak vasıta temin ederek çocuk düşürten bir kimsenin, bir seneden üç seneye kadar hapse mahkum edileceği düzenlenmiştir.

Maddenin 2. fıkrasında; çocuk düşürtme neticesi veya düşürmek için kullanılan vasitadan dolayı kadının telef olması halinde cezanın dört seneden yedi seneye kadar, kadının ölümü halinde ise ölüm razı olduğu vasitadan daha tehlikeli bir vasıta kullanmaktan hasıl olmuşsa, cezanın beş seneden on seneye kadar ağır hapis olacağı belirtilmiştir.

Kanunun 470. maddesinin 1. fıkrasında; bir kimsenin gebe olduğunu bildiği bir kadına, rızası olmadığı halde çocuk düşürmeye mahsus ilaç veya vasıta kullanarak yahut kadını döverek veya yaralayarak yahut başka bir fiil işlemek suretiyle çocuğunu düşürtmesi halinde, yedi seneden on seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmış ve rızasız çocuk düşürtme suçu yaptırım altına alınmıştır.

Maddenin 2. fıkrasında, suçun neticesi sebebiyle ağırlamış hali düzenleme altına alınarak, çocuk düşürtme neticesinde gebe kadın ölürse, cezanın on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası olacağı belirtilmiştir.

Maddenin 3. ve son fıkrasında 5237 sayılı TCK'dan farklı olarak, failin kadının kocası olması cezada arttırımı gerektiren bir nitelikli hal kabul edilmiş olup bu durumlarda tayin olunan cezanın altında bir arttırılacağı hükme bağlanmıştır.

Kanunun 471. maddesinde;

Yukarıdaki maddelerde yazılan işlerden birini yapan kimse sıhhati amme namına nizam altına alınmış sanat veya meslek eşhasından olupta çocuk düşürtmeğe mahsus çare ve vasıtaları öğretmek veya kullanmak suretiyle bu fiili vukua getirmiş ve bundan kadının ölümü hasıl olmuşsa hakkında mezkur maddelerde yazılı olan ceza altında bir miktarı çoğaltılır.

denilerek, failin sağlıkla ilgili bir meslek veya sanat grubundan biri olması halinde, kadının ölüm neticesi ortaya çıkarsa cezanın arttırılacağı düzenlenmiştir.

Kanunun 472. maddesinde; çocuk düşürtme ve düşürme suçlarının, kendisinin veya karısının veya anasının veya evlatlığının veya kız kardeşinin namusunu kurtarmak için işleyenler hakkında, yukarıda yazılı cezaların üçte birden üçte ikiye kadar indirileceği, ağır hapis cezasının hapis cezasına çevrileceği belirtilerek, cezada indirim sebebi düzenlenmiştir.

08/06/1933 tarih ve 2275 sayılı Kanun ile 470. maddesinde değişiklik yapılmış ve madde metninden “çocuk düşürmeğe mahsus ilaç veya vasıta kullanarak yahut kadını döverek veya yaralayarak yahut başka bir fiil işlemek suretiyle” ibaresi çıkartılarak, “bir kadının rızası olmadığı halde çocuk düşürtmeğe mahsus vasıta kullanan kimse” şeklinde değiştirilmiş ve sadece çocuk düşürtmek için vasıta kullanan kişi açısından otuz aydan altı seneye kadar hapis cezası öngörülmüştür. Maddenin devamında, çocuğun düşmüş olması halinde failin yedi seneden on iki seneye kadar ağır hapse mahkum edileceği düzenlenmiştir.

Maddenin 2. ve 3. fıkraları aynen korunmuş ve çocuk düşürme neticesinde veya bunun için kullanılan vasitadan dolayı kadın ölürse, cezanın on beş seneden aşağı olmayacağı, failin kadının kocası olması halinde tayin olunan cezanın altında bir arttırılacağı belirtilmiştir.

11/06/1936 tarih ve 3038 sayılı Kanun ile 469. maddede, isteyerek çocuğunu düşüren bir kadına, bir seneden dört seneye kadar hapis cezası öngörülmüştür.

11/06/1936 tarih ve 3038 sayılı Kanun ile 470. maddesinde; gebe sanılan bir kadına çocuk düşürmek için vasıtalar tedarik ederek 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 cezalandırılacağı belirtilmiş ve bu maddenin 2. fıkrasında, bu suçun kadının rızasıyla işlenmiş olması halinde verilecek cezanın, üçte birinin indirileceği belirtilmiştir. Bu gibi durumlarda, kadın gerçekte gebe olmadığından suçun konusu yoktur ve gerçekleşecek neticeye göre, faili kasten yaralama yahut taksirle öldürme suçlarından sorumlu tutmak gerekecektir.

11/06/1936 tarih ve 3038 sayılı Kanununun 471. maddesinde; çocuk yapmaya mani fiil ve hareketlerin işlenmesini teşvik eden veya bu fiil ve hareketlerin işlenmesi için propaganda yapan kimsenin, bir seneye kadar hapis veya 1000 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Eğer fiil kazanç temini gayesiyle işlenmiş ise her iki ceza birlikte hükmolunacaktır.

09/07/1953 tarih ve 6123 sayılı Kanununun 468. maddesinde değişiklik yapılarak, ilk fıkrasında rızasız çocuk düşürtme suçu düzenlenmiş ve bir kadının rızası olmaksızın çocuğunu düşürten kimseye, yedi seneden on iki seneye kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Maddenin 2. fıkrasında rızaya dayalı olarak çocuk düşürtme suçu düzenlenmiş ve faile iki seneden beş seneye kadar hapis cezası verileceği hüküm altına alınmıştır. Fıkranın devamında çocuğu düşürmeye rıza gösteren kadına da, aynı cezanın verileceği düzenlenmiştir.

Maddenin 3. fıkrasında; “1. Eğer kadın 14 yaşından küçükse veya her ne suretle olursa olsun irade veya idrak kabiliyetinden mahrum ise; 2. Eğer rıza şiddet veya tehdit veya telkin veyahut iffal ile elde edilmiş olursa.” birinci fıkra hükmünün uygulanacağı

belirtilerek, bu hallerde verilecek rızaya hukuki bir sonuç bağlanmamış ve rızasız çocuk düşürtme suçunun oluşacağı belirtilmiştir.

Maddenin 4. fıkrasında; rızasız çocuk düşürtme fiili neticesinde kadının ölümüne sebep olunmuşsa cezanın; on beş seneden yirmi seneye, bedeni bir zarara sebep olunmuşsa, on seneden on beş seneye kadar ağır hapis olacağı belirtilmiştir.

Maddenin 5. fıkrasında ise, rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen çocuk düşürtme fiilinin, kadının ölümüne yol açması halinde faile beş seneden on iki seneye kadar, bedeni bir zarara sebep olması halinde üç seneden sekiz seneye kadar ağır hapis cezası verileceği belirtilmiştir.

765 sayılı Ceza Kanunu'daki son değişiklik 24/5/1983 - 2827/9 madde ile yapılmıştır.

Kanunun 468. maddesine göre; bir kadının rızası olmaksızın çocuğunu düşürten kimse, yedi yıldan on iki yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılmakta idi.

Maddenin 2. fıkrasında, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının rızasıyla, tıbbi nedenler mevcut olmadan çocuğunun düşürtülmesi suç olarak düzenlenmiştir. Bu hallerde çocuğu düşürten kimseye iki yıldan beş yıla kadar, çocuğunu düşürtmeye rıza gösteren kadına da, aynı cezanın verileceği hüküm altına alınmıştır. 5237 sayılı TCK'da benzer bir düzenleme olmakla beraber, cezanın miktarı arasında farklar bulunmaktadır. Nitekim Mülga Ceza Kanunu'nda çocuğu düşürten hekim ve buna rıza gösteren gebe kadın aynı ceza ile cezalandırılmaktaydı. 5237 sayılı TCK'da ise; hekime iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülürken, gebe kadın hakkında bir yıla kadar hapis yahut adli para cezası öngörülmüştür.

Maddenin 3. fıkrasında; 5237 sayılı TCK ile benzer bir düzenleme yapılmış ve netice sebebi ile ağırlaşmış hallere yer verilmiştir. Kadının rızası olmaksızın çocuğun düşürtülmesi durumunda, fiil kadının ölümüne neden olursa on beş yıldan yirmi yıla kadar, kadında bedeni bir zarara yol açarsa sekiz yıldan on iki yıla kadar ağır hapis cezası verilmektedir.

Maddenin 4. fıkrasında da, yine neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış haller düzenlenmiştir. On haftadan fazla gebeliğin, kadının rızasıyla sona erdirilmesi, kadının ölümüne yol açarsa beş yıldan on iki yıla kadar, bedeni bir zarara neden olursa üç yıldan sekiz yıla kadar ağır hapis cezası verilmekteydi.

Maddenin son fıkrasına göre; gebe sanılan bir kadın üzerinde rızası olmaksızın çocuk düşürmek amacıyla bazı fiillerde bulunan kimse, kadının ölümüne veya bedeni bir zarara uğramasına yol açarsa, kasten müessir fiil ve kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçunun düzenlendiği maddelere göre cezalandırılacaktır. Suçun konusu olmadığından ötürü çocuk düşürme suçu oluşmayacağından, şu an yürürlükteki ceza kanununda olduğu gibi, fail fiilinin yol açtığı neticeye göre kasten yaralama yahut netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan sorumlu tutulmaktaydı.

Çocuk düşürme suçu ise kanunun 469. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “Gebelik süresi on haftadan fazla olan çocuğunu isteyerek düşüren kadına bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.” Görüldüğü üzere bu düzenleme ile çocuk düşürme fiili gebeliğin onuncu haftasından sonra suç olarak kabul edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise; iştirak halleri dışında çocuk düşürmeye yarayacak vasıtaları tedarik etmek suretiyle çocuğu düşürmeye tahrik edenlerin, altı aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılacağına ilişkin düzenleme yer almaktaydı.

Çocuk düşürme suçu için, mülga Ceza Kanunu ile 5237 sayılı TCK arasında suçun unsurları bakımından büyük bir farklılık bulunmamakla birlikte, ceza miktarları arasında farklılıklar bulunmaktadır. Nitekim Mülga Ceza Kanunu’nda bu suç için öngörülen hapis cezasının miktarı, bir yıldan dört yıla kadar olup 5237 sayılı TCK’da bir yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüştür. Çocuk düşürmeye yarayacak vasıtaları tedarik etmek suretiyle çocuğu düşürmeye tahrik ise, 5237 sayılı TCK’da ayrı bir fıkrada düzenlenmemekle birlikte, suça iştirak kapsamında değerlendirilmektedir.

Mülga Ceza Kanunu’nun 470. maddesinde, rahim tahliyesine yetkisi olmayanların işledikleri fiiller dolayısıyla cezalandırılmaları hüküm altına alınmıştır. Buna göre; rahim tahliyesine yetkisi olmayan bir kimse, gebelik süresi on haftadan az olan bir

kadına rızasıyla düşük yaptırdığı takdirde, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktaydı. Fiil kadının ölümüne veya bedeni bir zararına sebep olmuşsa, faile ayrıca 452. ve 456. madde kapsamında ceza verilmekteydi. Söz konusu hükümlerle, kastedilen netice aşılarak daha ağır bir netice olan ölüm veya müessir fiilin gerçekleşmesi halinde, faile ayrıca 452 veya 456. maddelerin uygulanacağı hüküm altına alınmıştı.

Rahim tahliyesine yetkisi olmayan bir kimse, 468. maddenin birinci (rızasız çocuk düşürtme suçu), ikinci (rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu), üçüncü (rızasız çocuk düşürtme suçunun ölüm yahut bedeni bir zarara yol açması) ve dördüncü fıkralarında (rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunun ölüm yahut bedeni bir zarara yol açması) öngörülen fiilleri işlediği takdirde, cezası üçte bir oranında arttırılmaktaydı. Yeni düzenlemede de, çocuk düşürtme fiilinin yetkisiz kişilerce işlenmesi, on haftaya kadar olan gebeliğin gebe kadının rızasıyla sonlandırılması durumu hariç, nitelikli hal sayılarak failin cezasında arttırmaya gidilmektedir.

Maddenin son fıkrasına göre; rahim tahliyesine yetkili olmayan bir kimse, gebe sanılan bir kadına çocuğunu düşürtmek için ilaç, gereç tedarik eder veya gebe sanılan bir kadın üzerinde rızası olmaksızın çocuk düşürtme amacıyla bazı fiillerde bulunur ve kadının ölümüne yahut bedeni zarara uğramasına yol açarsa, 452. ve 456. maddelere göre cezalandırılacaktır. Kadının bu gibi hallerde rızası varsa, verilecek ceza üçte bir oranında indirilecektir.

Kanununun 472. maddesinde ise, bu fasılda yazılı olan fiillerin kendisinin veya akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için işlenmiş olması durumunda, verilecek cezada yarıdan üçten ikisine kadar indirim yapılacağı düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'da şeref ve namusu kurtarmak için bu suçun işlenmesi indirim sebebi olarak sayılmamıştır. Bunun yerine suç sonucu gebe kalınması halinde, gebeliğin yirmi haftaya kadar sonlandırılabilmesine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalardan görüleceği üzere, her iki kanun arasında özellikle cezaların miktarları bakımından bir takım farklılıklar olduğu görülmektedir.

Mülga Ceza Kanunu yürürlükte olduğu dönemde işlenen bir suçtan dolayı failin hangi kanun maddeleri uyarınca sorumlu tutulacağı ise, TCK'nın 7. maddesinde belirtildiği üzere, lehe kanun maddelerinin uygulanması yoluyla çözüme kavuşturulacaktır.

2.3. Karşılaştırmalı Hukukta Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları

2.3.1. Yabancı Ülke Kanunlarında Kürtaja Getirilen Sınırlamalar

Dünya nüfusunun yüzde altmışından fazlasının, ya çok çeşitli nedenlerden dolayı kürtaja teşvikin izin verildiği ya da kısıtlama sebeplerinin olmadığı ülkelerde yaşadığı, bunun aksine nüfusun yüzde yirmi altısının, genelde kürtajın yasaklandığı ülkelerde yaşadığı belirtilerek, ülkeler kategorilere ayrılmış ve ilk kategoriye; kürtaja gebe kadının yaşamını korumak için izin veren ya da tamamen yasaklayan ülkeler sokulmuştur. Bu kategorideki ülkeler ancak, hamilelik gebe kadının yaşamını tehdit ederse kürtaja izin vermektedir. Kürtaja kadının yaşamını korumak için hiçbir açık istisna tanımadan izin veren ülkelerdeki bu kanunların temelinde, genel ceza kanunlarındaki zorunluluk hali yatmaktadır.

İkinci kategoride; kadınların yaşamını ya da sağlığını korumak için kürtaja izin veren kanunlar yer almaktadır. Bu kategorideki kanunlardan bazıları kürtaja yalnızca beden sağlığının korunması için izin vermektedir. Diğerleri ise kürtaja, kadının beden ya da ruh sağlığı tehlikede ise izin vermektedir. Bu kategorideki çoğu ülkelerin, kürtaja sağlık ya da terapatik sebeplerle izin verdiği görülmektedir. Bu kategorinin birinci kategoriden ayrıldığı nokta kanaatimizce; gebeliğin sonlandırılmasına hayati tehlike bulunmasa da, kadının beden yahut ruh sağlığının bozulma tehlikesi olduğu durumlarda da izin verilmesidir.

Sosyo-ekonomik temelli kanunlar üçüncü kategoride yer almaktadır. Bu kategorideki kanunlar; kadının yaşı, ekonomik durumu ve medeni hali gibi sosyo-ekonomik sebeplerle kürtaja hiçbir istisna tanımaksızın izin vermektedir. Bu kanunlar genellikle liberal yorumlanır. Kürtaj için sosyo-ekonomik sebepler, kadın sağlığının çatısı içinde düşünülenlerdir.

Dördüncü kategoride, kürtaja hiç bir kısıtlama getirmeksizin izin veren ölkeler yer almaktadır. Bu kanunların olduğu ölkelerde, kürtaj hizmetinden yararlanabilmeleri için kadınlara gebelik süresi getirilir. Çoğu diğer ölkeler kürtaj için bunlara ek olarak üç sebep daha aramaktadır. Bunlar; hamileliğin tecavüz ya da ensest sonucu olmuş olması ya da fetüse ilişkin yüksek olasılıklı bir hastalığın mevcut olmasıdır. Bu kategorilerdeki ölkelerden herhangi biri kürtaja erişimi, ailenin ya da eşin izninin gerektiği durumlarda sınırlandırabilir.

Birinci kategoride; Lübnan, Afganistan, İrlanda, Libya, Venezuela, Arabistan gibi ölkeler varken, ikinci kategoride; Kolombiya, Liberya, Kuzey İrlanda, Tayland, Soma gibi ölkeler, üçüncü kategoride; Kıbrıs, Finlandiya, Hong-Kong, Hindistan ve son kategoride; Bulgaristan, Avustralya, Almanya, Danimarka, Özbekistan, Lüksemburg, Romanya, Türkiye, Türkmenistan, Ukrayna gibi ölkeler bulunmaktadır¹¹.

2.3.2. Yabancı Ölkelerin Ceza Kanunlarından Örnekler

2.3.2.1. Afgan Ceza Kanunu

Afganistan, yukarıda yer alan kategorilerden birincisine girmektedir. Kürtajın kati surette yasaklandığı ölkelerden biri olan Afganistan'da, kürtaja yalnızca gebe kadının yaşamının korunması için izin verilmektedir.

Ceza Kanunu'nun kürtaj başlıklı 402. maddesinde; döverek yahut başka herhangi bir şekilde kasten çocuk düşürten kişinin, yedi yılı aşmayan uzun süreli hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Kanunun 403. maddesinin 1. fıkrasında; her ne kadar gebe kadının rızası olsa bile, ilaçla yahut başka bir şekilde çocuğunu düşürten kişi, ortalama hapis cezasına yahut on iki bin Afgan parasından az olmamak, altmış bini aşmamak koşuluyla para cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

¹¹ Center for Reproductive Rights. (2013). World's Abortion Laws Map 2013 Update, http://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/AbortionMap_Factsheet_2013.pdf (Son Erişim: 01.01.2016).

Maddenin 2. fıkrasında; ilaçların taksirle verilmesi halinde failin, kısa süreli hapis cezasına yahut on iki bin Afgan parasını aşmamak koşuluyla para cezasına çarptırılacağı düzenlenmiştir.

Kanunun 404. maddesinin ilk fıkrasında; kürtaj eylemini gerçekleştiren kişinin, doktor, cerrah yahut hemşire olması halinde, suç için öngörülen en yüksek ceza ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere; TCK'da yer alan düzenlemeden farklı olarak, burada alan sınırlaması yapılmaksızın, failin doktor, cerrah yahut hemşire olması, cezada arttırım sebebi olarak öngörülmüştür. TCK'da ise aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, çocuk düşürtme suçunun kadın doğum alanında uzman hekimlerce işlenilmesi suçun basit şeklini, bu alan dışında herhangi bir hekim tarafından işlenilmesi suçun nitelikli şeklini oluşturacak ve dolayısıyla yetkisiz hekim yetkili hekime nazaran, daha ağır ceza ile cezalandırılacaktır.

Kanunun 404. maddenin 2. fıkrasında ise; bu fıkra altında sayılan kişilerin, annenin yaşamını kurtarmak için kürtaj yapmaları halinde cezalandırılmayacakları düzenlenmiştir.

Kanunun 405. maddesinde çocuk düşürme fiili yaptırıma bağlanılarak, çocuğun düşmesi neticesine yol açabilecek ilaçları yahut başka şeyleri, yan etkilerinin farkında olmasına rağmen bilerek kullanan yahut başkası tarafından bunların kendisine yapılmasına izin veren gebe kadının, kısa süreli hapis cezası ile yahut on iki bin Afgan parasını aşmamak üzere para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Kanunun 406. maddesinde, kürtaj fiiline başlamanın cezalandırılabilir addedilmeyeceği düzenlenmiştir¹².

2.3.2.2. Liberya Ceza Kanunu

Liberya, yukarıda saymış olduğumuz ülkeler arasında ikinci kategoride yer almaktadır. Temmuz 1976 tarihli Liberya Ceza Kanunu'nun 16.3'üncü maddesinde, yasa dışı kürtaj başlığı altında, bir kişinin kasten ve yasa dışı şekilde gebeliğini sonlandırması halinde,

¹² Afghanistan: Abortion Law, <http://www.womenonwaves.org/en/page/4830/afghanistan--abortion-law> (Son Erişim: 01.01.2016).

üçüncü derece suç işlemiş sayılacağı belirtilerek, çocuk düşürme suçu yaptırma bağlanmıştır.

Maddenin 2. bendinde ise, haklı kürtaj başlığı altındaki düzenleme şu şekildedir; lisansı olan bir doktor, hamileliğin devamının annenin ruhsal ve fiziksel sağlığına ciddi zarar vereceğine ya da çocuğun ciddi bir fiziksel ya da akli kusurla doğacağına yahut hamileliğin tecavüz, ensest ya da canice bir ilişkiden kaynaklandığına (Canice ilişkiden kastın; on altı yaşını doldurmamış bir kızla ilişkiye girmek olduğu belirtilmiştir.) inanıyorsa, hamileliği sonlandırmaya yetkili olduğu belirtilmiştir.

Maddenin 3. bendinde; iki hekim bunlardan biri kürtajı gerçekleştiren olabilir, kürtajın haklı olduğuna inandıkları şartları yazılı olarak belgelemedikçe, kürtajın yapılamayacağı belirtilmiştir. Bu tür sertifikalar kürtajdan önce kürtajın yapıldığı hastaneye sunulmalı veya hastanede yapılmıyorsa Sağlık Bakanlığı'na, canice ilişki sonucunda kürtaj için ise, hazine avukatı ya da polise bildirilecektir. Bu maddenin gereklerine uyulmazsa, kürtajın haksız olduğu karinesi ortaya çıkmaktadır.

Maddenin 4. bendinde; kadının kendisinin gebeliğini sonlandırması, yani çocuk düşürme suçu düzenlenmiştir. Bir kadın, gebelik süresi yirmi dört haftadan fazla ise ve hamileliğini canlı doğum ile ya da başka türlü alet, ilaç vs. kullanarak sona erdirirse, üçüncü derece suç işlemiş sayılacaktır. Liberya Ceza Yasası TCK'dan farklı olarak, gebe kadının kendi gebeliğini yirmi dört haftaya kadar sonlandırmasına izin vermektedir. Diğer ülkelerin kanunları ile karşılaştırıldığında, gebeliğin sonlandırılabilmesi için öngörülen azami sürenin oldukça fazla olduğu görülmektedir. Gebelik süresi arttıkça kadının ölüm riskinin de artacağı düşünüldüğünde, azami sürenin yirmi dört haftaya kadar uzatılması lehe bir düzenleme olmamıştır.

Maddenin devamında, haklı kürtaj hali söz konusu değilken bir kadına hamileliğini sonlandırması yahut canlı doğum yapması için teşvik eden, ya da alet ilaç vs. kullanmasında yardımcı olan yahut gebe kadın üzerinde baskı uygulayan kişinin, hamilelik yirmi dört haftadan fazla olsun olmasın üçüncü derece suç işlemiş sayılacağı

belirtmiştir. Bu hükümlerle beraber azmettirme ve yardım etme fiilleri cezalandırılmaktadır.

Sözde kürtaj başlıklı 5. bende göre; şahıs, hamile bir kadının kürtaj olmasına neden olacak bir harekette bulunursa ya da ona kürtaj yapmayı amaçladığını beyan ederse, kadın aslında hamile olmasa ya da eylemi gerçekleştiren kişi onun hamile olduğunu bilmeseyse bile, üçüncü dereceden suç işlemiş sayılır. Yasa dışı kürtaj ya da bu suçu işlemeyi amaçlamakla birinci bende göre suçlanan kişi, bu davranışın aynı bende göre yasaklanmış olmasına dayanılarak mahkum edilecektir. Oysaki TCK'ya göre bu gibi hallerde, işlenemez suç söz konusu olacaktır. Kaldı ki, TCK'da niyet değil dışarıda vukuu bulan fiil önemlidir.

Kanunun "Hamileliğin önlenmesi için uygun olmayan işlem" başlıklı son maddesine göre; bu madde altında, ister döllenmiş yumurtanın implantasyonunu engelleyerek olsun, isterse döllenme sırasında döllenmeden hemen sonra ya da önce geliştirilen bir metod ile olsun, hamileliği engellemek için hiçbir ilaç ya da diğer madde reçete edilemez, uygulanamaz veya dağıtılamaz¹³. TCK'da ise rıza olmaksızın gerçekleştirilen yahut rıza olsa bile yetkili olmayan bir kişi tarafından gerçekleştirilen kısırlaştırma fiili (madde 101) ile kasten yaralama fiili neticesinde çocuk yapma yeteneğinin kaybolmasına neden olma (madde 87/2,c) yani kişinin çocuk yapma kabiliyetini tamamen ortadan kaldıran durumlar hariç, gebe kalmasını önleyen ilaçlar verilmesi kanunda ayrıca suç olarak düzenlenmemiştir.

2.3.2.3. Kıbrıs Ceza Kanunu

Üçüncü kategoride yer alan Kıbrıs Ceza Kanunu'nun 167. maddesine göre; her kim hamile olsun olmasın, bir kadının düşük yapmasını sağlama niyetiyle, yasa dışı zehir yahut zehirli bir şey verir ya da onun almasına sebep olursa, kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu olur ve yedi yıl hapis cezası ile cezalandırılır. Görüldüğü üzere; Kıbrıs Ceza Kanunu'nda cenin, hak ehliyetine sahip bir şahıs olarak kabul edilmiş ve yasa dışı zehir yahut zehirli bir maddeyle cenin düşürülürse ve hatta gerçekte cenin olmasa

¹³ Liberia: Abortion Law, <http://www.womenonwaves.org/en/page/5195/abortion-law-liberia> (Son Erişim: 10.01.2016).

dahi cenini düşürme niyetiyle bu türden hareketler gerçekleştirilirse, failin kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacağı belirtilmiştir.

Kanunun 168. maddesine göre; gebe olsun olmasın kişi yasa dışı zehir kullanarak yahut zehirli başka bir şey ya da güç kullanarak yahut başka herhangi bir şekilde gebeliğini sonlandırmaya yeltenirse, ya da bu gibi şeylerin kendi üzerinde yapılmasına izin verirse, kasten öldürme suçundan sorumlu olur ve yedi yıl hapis cezası ile cezalandırılır. Yukarıdaki maddeyle uyumlu olarak, gebe kadının kendi gebeliğini sonlandırması da kasten öldürme suçu kapsamında değerlendirilmiştir.

Daha da ileri gidilerek, çocuk düşürmek amacıyla kullanılan yasa dışı ilaçları temin eden ya da sağlayan kişiler, kadın gebe olsun olmasın, kasten öldürmeden sorumlu tutulmakta ve üç yıl hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

Kanunun 169 A maddesinde; 167, 168 ve 169 maddelerine rağmen, gebeliğin sonlandırılması, Tıbbi Kayıt Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca tıp doktoru tarafından yapılırsa, bu cürümden suçlu kabul edilmeyeceği belirtilmiştir.

Bu maddenin "a" bendinde; gebe kadının tecavüz sonucu hamile kaldığı, polisler tarafından ve tıbbi belgeyle onaylanmışsa, eğer gebeliğin sonlandırılmaması halinde gebe kadının ve ailesinin sosyal durumu, statüsü ciddi anlamda tehlikeye girecekse, gebeliğin sonlandırılabilceği belirtilmiştir.

Yine aynı maddenin "b" bendine göre; gebeliğin devam etmesi, gebe kadının hayatını tehlikeye düşürecek, gebe kadının fiziksel ve ruhsal sağlığı zarar görecektir veya kendisi ya da var olan çocuğu için gebeliğin sonlandırılmasından daha büyük sosyal bir zarar oluşturacak yahut çocuğun doğması halinde ciddi fiziksel ya da psikolojik anormalliklerden muzdarip olacağı riski varsa, gebelik sonlandırılabilir¹⁴.

¹⁴ Cyprus Penal Code, <http://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/Cyprus.abo.html> (Son Erişim: 01.01.2016).

2.3.2.4. Alman Ceza Kanunu

Alman Ceza Kanunu'nun 218. maddesinin 1. fıkrasına göre; hamileliği sonlandıran kişi üç yılı aşmayan hapis cezası yahut para cezası ile cezalandırılır. Bu hareketler nidation döneminin (döllenmeden itibaren yaklaşık 7 gün sonrası) tamamlanmasından evvel yapılırsa, bu kanun anlamında kürtaj olarak addedilmeyeceği düzenlenmiştir. Tıpkı TCK'da olduğu gibi, suçun oluşması için cenin sıfatının kazanılması aranmaktadır.

Maddenin 2. fıkrasında, özellikle ciddi durumlarda failin altı ayla beş yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiş ve bu ciddi haller; hamile kadının iradesine karşı yapılmış hareketler yahut hamile kadının ciddi yaralanmasına yol açacak ya da ölüm riskine sebep olacak büyük bir ihmali hareketin gerçekleştirilmesi olarak sayılmıştır.

Maddenin 3. fıkrasında, fiilin gebe kadın tarafından gerçekleştirilmesi halinde bir yılı aşmayan hapis yahut para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiş ve çocuk düşürme suçu yaptırıma bağlanmıştır.

Maddenin 4. fıkrasında; bu hareketlere teşebbüsün cezalandırılacağı ancak, gebe kadının teşebbüsten dolayı sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir.

Kanunun "Kürtaj sorumluluğunun istisnaları" başlıklı 218 a maddesinin 1. fıkrasına göre; gebe kadın hamileliğinin sonlandırılmasını ister ve doktora, müdahaleden en az üç gün önce danışmanlık aldığını bir belgeyle kanıtlarsa, gebelik on iki haftayı geçmemiş ve bir doktor tarafından sonlandırılırsa, 218. madde altında düzenlenen suç oluşmayacaktır.

Maddenin 2. fıkrasına göre; hamile kadının bugünkü ve gelecekteki koşulları düşünülerek yaşamı, beden ya da ruh sağlığında ciddi bir yaralanmayı önlemek için tıbben gerekliyse ve bu tehlike onun bakış açısına göre başka bir şekilde önlenemezse, gebeliğin sonlandırılması hamile kadının rızasıyla hekim tarafından yapıldığında, yasa dışı olmayacaktır.

Maddenin 3. fıkrasında; tıbben kadının madde 176-179 daki yasa dışı fiiller sonucu gebe kalmış olduğu yönünde güçlü bir kanaat oluşmuş ve gebelik on iki haftayı geçmemişse, gebe kadının rızasına bağlı olarak hekim tarafından gerçekleştirilen gebeliğin sonlandırılması fiilinin, yasal olacağı belirtilmiştir. TCK'nın aksine Alman Ceza Kanunu, gebelik suç sonucu oluşmuş olsa dahi yasal sınırı arttırmamış, on iki haftayla sınırlı tutmuştur.

Maddenin 4. fıkrasına göre; gebeliğin sonlandırılması madde 219'da düzenlenen danışmanlık hizmetinden sonra hekim tarafından gerçekleştirilmişse ve hamilelik yirmi iki haftayı geçmemişse, gebe kadın madde 218'den sorumlu olmayacaktır. Gebe kadın operasyon sırasında olağanüstü bir sıkıntı yaşarsa, mahkeme madde 218 kapsamında bir karar verebilir.

Kanunun 218 b maddesinde; "Olmayan ya da yanlış tıbbi belgelendirmeye dayalı kürtaj" başlığını taşımaktadır. Bu maddeye göre; her kim, bir doktorun yazılı kararını almaksızın 218. maddenin 2 ve 3. bendlerine göre gebeliği sonlandırır ise, bir yılı aşmayan hapis yahut adli para cezası ile cezalandırılacaktır.

Kanunun "Acil hallerde yahut çatışma hallerinde danışmanlık" başlıklı 219. maddesine göre; danışmanlık doğmamış yaşamı kurtarmak için hizmet vermektedir. Hamile kadınları, gebeliğin devamı için teşvik eder ve çocuklu yaşama yeni bir yol açar, gebe kadına mantıklı ve insafli bir karar vermek için yardımcı olacaktır. Danışman verdiği tavsiye ve destekleriyle, gebelikle ilgili ihtilafların üstesinden gelmeye ve acil durumları gidermeye yardımcı olur. Ayrıntılar çatışma durumlarında gebelik yasasında düzenlenmiştir.

Maddenin 2. fıkrasına göre; danışmanlığın tamamlanmasından sonra yasaya uygun olarak gebe kadının son danışma tarihi dahil ismi de yazılı sertifika verilir. Gebeliği sonlandıran hekim danışman olmaktan çıkarılır.

Kanunun "Kürtaj için reklam hizmetleri" başlıklı 219 a maddesinin birinci fıkrasına göre; her kim halka açık olarak, bir toplantıda yahut yazılı olarak yayarak, maddi

kazanç sağlamak amacıyla gebeliği sonlandırma hizmetini sunar ya da onları desteklemeyi tavsiye, teklif ederse, hamiliği sonlandırabilir süreci, aletleri ilan ederse, iki yılı aşmayan hapis yahut para cezasıyla cezalandırılacaktır.

Maddenin İkinci fıkrasına göre; yukarıdaki bir nolu hüküm hekimler yahut resmen tanınan danışma kurumları, kanunun 218 a, 1 ve 3 maddelerinde yazılı şartlar altında hazırlanan hastane, hekim ve kurumlar hakkında bilgi verirse ceza uygulanmaz.

Kanunun “Düşük için madde dağıtma” başlıklı 219 b maddesine göre; her kim 218. madde altında düzenlenen yasa dışı eylemlere teşvik niyetiyle, gebeliği sonlandırır madde yada şeyleri dağıtırsa, 2 yılı aşmayan hapis yahut para cezasıyla cezalandırılır. Maddenin 2. fıkrasında; kendi gebeliğini sonlandırmaya hazırlanan kadının, ikincil katılımının yukarıdaki birinci fıkra kapsamında cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır¹⁵.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda, Almanya'nın son kategoride yer alan ülkeler arasında olduğu sabittir.

2.3.2.5. Malta Ceza Kanunu

Malta, kürtajın topyekun yasaklandığı bir ada ülkesi olarak yukarıda saymış olduğumuz kategorilerden birinci sırada yer almaktadır. Maltalı kadınlar her yıl kürtaj yaptırmak için, İtalya ve Birleşik Krallık'ı ziyaret etmektedir¹⁶.

Malta Ceza Kanunu'nun, “Kürtaj, Zehirli ya da Sağlığa Zararlı Maddeleri Verme Ya da Sağlama Yahut Hastalık Yayma” başlıklı 241. maddesinde, her kim herhangi bir yiyecek, içecek, ilaç yahut cebirle bir kadının çocuğunu düşürmesine sebep olursa, gebe kadının rızası olsun olmasın, on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, aynı cezanın kendi çocuğunu düşüren ya da düşürtülmesine rıza gösteren gebe kadın hakkında da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

¹⁵ German Criminal Code, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html (Son Erişim: 01.01.2016).

¹⁶ Dünyada Kürtaj Hakkı ve Yasaklamaların Sonuçları, www.yeniduzen.com (Son Erişim: 04.06.2017)

Kanunun 242. maddesine göre; gebeliğin sonlandırılmasında kullanılan araç, kadının ölümüne ya da kadında ciddi bir zarara sebep olursa, düşük olsun olmasın, faile kasten adam öldürme suçu için öngörülen ceza ya da kasten yaralamanın bir ile üç derece azaltılmış cezası verilecektir.

Kanunun 243. maddesine göre; herhangi bir hekim, cerrah, kadın doğum uzmanı, cenini düşürmeye sebep olacak bir ilaç verir yahut reçete ederse, on sekiz aydan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır ve ömür boyu mesleğini icra etmekten yasaklanır.

Kanunun 243/a maddesine göre; her kim tedbirsizlik, dikkatsizlik, sanat veya mesleğindeki maharetsizlikten ya da yönetmeliklere uymadığından dolayı, kadının çocuğunun düşmesine sebep olursa, altı ayı aşmayacak kadar hapis cezası ve 2.329 Euroyu ve 37 Senti geçmeyecek kadar para cezası ile cezalandırılır¹⁷. Bu maddeyle çocuk düşürtme suçunun taksirli şekli ceza yaptırımına bağlanmıştır.

2.3.2.6. Fransız Ceza Kanunu

Fransa'da da 1960-1977 yılları arasında, kürtaja sadece kadının yaşamını ve sağlığını korumak için izin verilirken, 1977- 1988 yılları arasında tecavüz sonucu oluşan istenmeyen gebeliklerde ve olumsuz sosyo-ekonomik koşullar söz konusu olduğunda kürtaja izin verilmeye başlanmıştır. Kürtaja 1-5 yıl arası cezaları ön gören 317 sayılı ceza kanunu değiştirilerek, kürtaj yapana ve yaptırana uygulanacak hapis cezası 6 ay- 2 yıl arasına, 1.800-100.00 Frank olan para cezası ise 360- 20.000 frank'a düşürülmüştür¹⁸.

Fransa'da 4 Temmuz 2001 tarihinde yürürlüğe giren 588 sayılı yasa ile hamileliğin on iki haftası bitene kadar kürtaja hiç bir sınırlama getirilmeksizin izin verilmiştir. On iki haftadan sonra ise, gebeliğin kadının sağlığı açısından ciddi tehlike taşıdığı, çocuğun

¹⁷Web Portal for the Laws of Malta at the Ministry of Justice website, <http://www.justiceservices.gov.mt/LOM.aspx?pageid=27&mode=chrono> (Son Erişim: 10.01.2016).

¹⁸ Özkan, Özlem/Met, Kader, Tarihsel ve Toplumsal Bağlamda Fransada Kürtaj, Toplum ve Hekim Dergisi, Cilt: 27, Sayı: 6, 2012, s. 413.

anında tedavi edilemez nitelikteki ciddi sağlık sorunları ile doğacağı yönünde yüksek olasılıklı risk olduğu kanaatine varılırsa, kürtaj yapılabilir.

Kürtaj mutlaka bir tıp doktoru tarafından yapılmalıdır. Gebe kadın kürtaj için bir doktora giderse, muhakkak ilk konsültasyon sırasında, kürtaj konusundaki tıbbi ve cerrahi yöntemler, riskleri ve potansiyel yan etkileri konusunda bilgilendirilmeleri gerekir. Fransız Yasası gebe kadına, kürtajdan önce ve sonra evlilik danışmanı, aile planlaması danışmanı yahut sosyal hizmetlerden danışmanlık almasını sağlar. Yetişkin bir kadın, bu danışmanlık teklifini kabul ya da red etmede serbesttir. Ancak reşit olmayan kişiler, hekim ve sosyal çalışmacıdan danışmanlık almak zorundadır.¹⁹

Danışmanlık aldıktan sonra da gebe kadın kürtaj konusunda aynı fikirde ise, bu talebini yedi gün içinde yazılı olarak bildirmek zorundadır. Yine bu kanun ile yasal yaş sınırının altındaki kadınlar için ebeveyn izni artık zorunlu olmaktan çıkarılmış, fakat herhangi bir yetiştikten izin alınması gerekli görülmüştür. Eğer bu kişi gebeliğinin gizli kalmasını isterse, kendi seçeceği bir başka yetiştikten aldığı izni belgelemesi gerekir ve kürtaja da bu izin aldığı yetiştikin de katılması gerekecektir. Evli kadın açısından da ilginç bir düzenleme getirilmiş ve erkeğin baba olduğunu inkar etmesi halinde, gebeliğin sonlandırılması kararı ya da izninin kabul edilmeyeceği belirtilmiştir.²⁰

Bu düzenlemeleri ile Fransa'nın yukarıda sayılan kategorilerden dördüncü kategoriye girdiği görülmektedir.

2.3.2.7. İngiliz Ceza Kanunu

1907 tarihli İngiliz Ceza Kanunu'nun "Kürtaj suçları" başlıklı 212. maddesinde hamile bir kadının ilaç alarak yahut başka herhangi bir şekilde gebeliğini sonlandırması halinde 1 yıldan fazla olmamak üzere hapis cezasına çarptırılacağı belirtilmiştir.

¹⁹ Abortion Legislation in Europe, <https://www.loc.gov/law/help/abortion-legislation/europe.php#france> (Son Erişim: 01.01.2016).

²⁰ Özkan/Mert, s. 414.

Kanunun 213. maddesinde; gebe kadının isteği yahut onayı üzerine gebeliği sonlandıran kişinin, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Gebeliğin sonlandırılması kadının yaralanmasına yahut ölümüne yol açarsa, faile 3 aydan 5 yıla kadar hapis cezası verilecektir.

Kanunu'nun 214. maddesinde kürtaj eyleminin, gebe kadının rızası ile doktor, ebe yahut eczası tarafından gerçekleştirilmesi halinde 3 aydan az 5 yıldan fazla olmamak üzere hapis cezası verileceği, iş bu fiil sonucu gebe kadın yaralanır yahut ölürse hapis cezasının 6 aydan az 7 yıldan fazla olmamak üzere uygulanacağı belirtilmiştir.

Rızasız gebeliğin sonlandırılmasına 215. maddede yer verilerek, bu hallerde faile 6 aydan 7 yıla kadar hapis cezası verileceği belirtilmiştir.

Son olarak 216. maddede, rızasız çocuk düşürtme eylemi neticesinde gebe kadın ölür yahut yaralanırsa, bir önceki maddenin cezasından yahut yaralama suçundan dolayı hangisinin cezası daha fazla ise o na göre cezalandırılacağı belirtilmiştir²¹.

İngiltere'de 1967 tarihli Düşük Kanunu ise, gebeliğin sonlandırılmasına yirmi dört haftaya kadar, iki hekim tarafından belgelendirmek koşulu ile ve belirli şartların varlığı halinde izin vermektedir. Düşük Kanunu'nun uygulandığı başta İngiltere olmak üzere İskoçya ve Galler gibi ülkelerde, gebe kadının yaşamının söz konusu olduğu durumlarda, fetal anomalinin varlığı hâlinde, ekonomik ve sosyal nedenlerle gebelik sonlandırılabilir.

Buna göre iki hekimin, acil durumlarda ise tek hekimin, tıbbi gereklerin varlığını yazılı olarak belgelendirmesiyle, yirmi dört haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılması mümkündür ve acil durumlar haricinde gebeliğin sonlandırılması, Ulusal Sağlık Hizmetleri hastanelerinde veya doğum evleri, özel hastaneler ve kabul görmüş diğer yerlerde yapılabilmektedir.

²¹ Penal Code, <http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf> (Son Erişim: 02.07.2017).

İngiltere Düşük Kanunu'na göre; rızaen veya tecavüz ve ensest gibi durumların varlığı halinde, gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmemektedir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere; iki hekim gebeliğin yirmi dört haftayı aşmadığı, gebeliğin devamının annenin veya ailedeki bireylerin fiziksel veya ruhsal sağlığını etkileme riskinin, gebeliğin sonlandırılması nedeniyle oluşacak riskten fazla olduğu kanaatindeyse gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmektedir²².

2.3.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçu

Avrupa ülkelerinde kürtaja, kadının yaşamını, psikolojik ve fiziksel sağlığını korumak amacıyla, tecavüz veya ensest durumlarında ya da ceninin sakat dünyaya gelmesi gibi nedenlerle izin verildiği görülmektedir. Dünyada sadece altı devlette kürtajın mutlak olarak yasak olduğunu görüyoruz ki bu devletler; Vatikan, Malta, Dominik Cumhuriyeti, El Salvador, Nikaragua ve Şili'dir. Bir parçası olduğumuz Avrupa'da ise, AİHS'e taraf kırk yedi devletin kırk beşinde kürtaj hayati tehlike, beden ve ruh sağlığının korunması, ekonomik-sosyal nedenlere dayalı olarak yasal kabul edilmektedir. Sadece Malta'da kürtaj tamamen yasaklanmıştır.²³

Kürtaj konusu hem ceninin yaşam hakkı, hem de gebe kadının özel hayatına saygı haklarıyla ilişkili olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu da kürtaja izin verilmemesi halinde özel hayata saygı kapsamında hak ihlali oluşturacağı, izin verilmesi halinde ise, ceninin yaşam hakkının ihlalini oluşturacağı tartışmalarından kaynaklanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Rosemarie Brüggemana ve Adelheid Scheuten/Almanya davasında (ECHR, 1976), kürtajın, ceninin anne ile olan ilişkisi de göz önüne alındığında, özel hayata saygı hakkının ihlalini oluşturmayacağını belirtmiştir. Somut olayda, kürtaja on iki haftaya kadar izin veren yasanın, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine başvurucular, bunun

²² Uyumaz, Alper/Avcı, Yasemin, Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, 2016, s. 591.

²³ Öncü, Gülay Arslan, Dünyada Sadece 6 Ülkede Yasak, <http://gazeteport.com/haber/97884/dunyada-sadece-6-ulkede-yasak> (Son Erişim: 11.11.2016).

özel hayata saygı gösterilmesi hakkının ihlali olduğunu belirterek, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvururlar. Komisyon gebeliğin sona erdirilmesinin, sadece gebe kadının özel hayatı çerçevesinde ele alınamayacağını, gebe kalınmasıyla birlikte kadının özel hayatının cenin ile yakından ilişkili olduğunu, bu sebeple kürtaja getirilen sınırlandırmaların da, özel hayata saygı hakkının ihlali kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir²⁴.

2010 A, B ve C İrlanda davasında, Mahkeme çocuğun yaşam hakkının korunmasının, devletlerin ahlak anlayışı ile bağlantılı olduğu sonucuna varmıştır. Söz konusu davaya konu olayda, başvurulardan bir tanesi evli değildir ve üç çocuğu vardır. İstemeyerek hamile kalmıştır. İşsiz ve maddi durumu çok kötüdür, aynı zamanda alkolik olduğu için çocukları vesayet altındadır. Tüm gebeliklerinde depresyona varan psikolojik sorunlar yaşamış ve çocuklarından bir tanesi de engellidir. Gebe kadın İrlanda'da kürtaja izin verilmediğinden İngiltere'ye gelir ve burada kürtaj olur. İkinci başvuru, istenmeyen gebeliğini sonlandırmak için İngiltere'ye gider. Son başvuru ise, gebelik hayatı için tehlike oluşturduğundan kürtaj olmak için ülkesinden gitme kararı alır. Mahkeme, devletlerin kendi ülkelerindeki ahlak anlayışının gerekliliklerini belirleme konusunda takdir haklarının olduğunu, bu durumda ahlakın gerekliliği olarak, kürtajın yasaklanmasının ilk iki başvuru açısından, özel hayata saygı hakkının ihlalini oluşturmayacağını belirtmiştir²⁵.

Yine gebeliğin sonlandırılması ifade özgürlüğü kapsamında da değerlendirilmektedir. Bunun en çarpıcı örneğini, Open Door ve Dublin Well Women-İrlanda davasında verilen kararda görmekteyiz. İrlanda'daki hamile kadınlara talebe bağlı olarak, Birleşik Krallık'taki kürtaj kliniklerine ilişkin bilgi ve bağlantı hizmeti veren iki ayrı şirket hakkında açılan davada, İrlanda Yüksek Mahkemesi 1988 tarihinde verdiği kararla bu şirketlerin, ülke dışındaki kürtaj klinikleri, yerleri, kimlikleri ve irtibat kurma

²⁴ Dericiler, Özge Yücel, Aihm İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması, VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu, 13-14 Kasım 2014, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İstanbul, s. 378. Bkz. ECHR (1976) Case of Rosemarie Brüggemann and Adelheid Scheuten v.the Federal Republic of Germany, App. No. 6959/75, 19 May.

²⁵ Dericiler, s. 379-380. Bkz. ECHR (2010) A, B and C-Ireland, App. No. 25579/05, 16 December.

yöntemleri hususlarında bilgi temin etmeleri dahil, anılan hizmeti vermelerine yasak getirmiştir. Mahkeme bu davada, yasağın amacı olan ceninin yaşam hakkını korumanın, 10. madde anlamında meşru bir amaç olduğunu belirtmiş fakat, sözleşme kapsamında kürtaj hakkının korunup korunmadığı veya 2. maddedeki yaşama hakkının cenini kapsayıp kapsamadığını tespit etmeyi, açıkça reddetmiştir²⁶.

Komisyon ceninin yaşam hakkı olup olmadığı hususu ile ilgili olarak kesin bir karar vermekten ziyade, bu konuda takdir yetkisini taraf devletlere bırakmaktadır. Nitekim, her devletin bu konuya ahlaki, sosyal, ekonomik ve dini açıdan yaklaşımları farklıdır.

Vo v. Fransa davasında, müracaatçı bayan Thi-Nho Vo, beş aylık hamiledir. Doktorun hastayı benzer isimli bir başka hasta ile karıştırması sonucu, diğer hastaya yapılması gereken tıbbi işlemleri başvurucauya yaptırır ve kadının rahmi delinir. Bu işlem sonucu ceninin düşmesine yol açar. Müracaatçı bunun üzerine doktor aleyhine kendisi için taksirle yaralama, çocuk için taksirle öldürme suçlarından şikayetçi olur. Lyons Ceza Mahkemesi, Fransız Ceza Kanununa göre 20-21 haftalık ceninin henüz kişilik kazanmadığını, bu nedenle de taksirle öldürme suçunun oluşmayacağına karar verir. Fransız İstinaf Mahkemesi ise, bir sene sonra gerçekleştirilen taksirli hareket nedeniyle, 20-24 hafta arasında bulunan sağlıklı bir ceninin ölümüne sebebiyet verilmesinin, taksirle öldürme suçunu oluşturacağını belirtir ve ilk derece mahkemesinin kararını bozar. Fransız Yargıtay'ı, fetüsün henüz kişilik kazanmadığını ve kanunda cenine ilişkin özel bir düzenleme ile korunduğunu ifade ederek, Fransız İstinaf Mahkemesi'nin kararını bozar. Bunun üzerine başvuruca, Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen yaşama hakkının ihlalden dolayı, AİHM'ne başvurur ve Fransa Devletinden şikayetçi olur²⁷.

Mahkeme bu konuda, doğmamış çocuğun Sözleşme'nin 2. maddesiyle korunan "kişi" kavramına dahil edilmediğini, doğmamış çocuk yaşama hakkına sahip olsa bile, bu

²⁶ Kocabaş, Sadık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Isparta 2009, s. 44. Bkz. ECHR (1992) Open Door Counselling and Dublin Well Women v. Ireland, App. No. 25 October.

²⁷ Dönmez, s. 138-139. Bkz. ECHR (2004) Case of Vo v. France, App. No. 53924/00, 8 June.

hakkın annenin hakları ve menfaatleriyle zımnen sınırlı olduğunu, ancak sözleşme organlarının bu koruma kapsamına belirli koşullarda cenini de sokabileceklerini belirtmiştir²⁸.

1992 karar tarihli H.-Norveç davasında, Komisyon öncelikle kürtaj konusunda sözleşmeciler devletlerin belirli bir takdir hakkına sahip olmaları gerektiğini belirtmiş ve devamında, bazı durumlarda ceninin 2. madde kapsamında korunmadan yararlanabileceğine karar vermiştir²⁹.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu H v. Norveç başvurusunda, on dört haftalık gebeliğin sosyal nedenlerle sona erdirilmesini sözleşme ihlali olarak bulmamıştır. Paton v. UK kararında, ceninin yaşama hakkının annenin haklarından ayrı değerlendirilmeyeceğini ve annenin tercihleri doğrultusunda sınırlandırılabilirliğini belirtmiştir. 14 X v. United Kingdom (24 Ekim 1981, 4 E.H.R.R. 188) kararında, sözleşmenin ikinci maddesinde yer alan herkes kavramının doğmamış olan cenini kapsam içerisine almadığını belirtmiştir³⁰.

Komisyon Reeve-Birleşik Krallık davasına konu olay şöyledir; cenin hamilelik döneminde doktorlar tarafından tespit edilmesi gereken ancak edilemeyen ciddi kalıtım bozukluğu ile doğmuştur. Anne, çocuğunun sakat doğması nedeniyle, doktorların çalıştığı sağlık kurumuna karşı dava açmaktan alıkonulduğu gerekçesiyle, çocuğu adına şikayette bulunmuştur. Anne eğer doktorlar tarafından, çocuğun kalıtım bozukluğundan haberdar edilmiş olsaydı kürtaj olmaya karar vereceğini, devletin zararlar için dava açmasına izin vermeyerek, kendisinin ve çocuğunun Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Komisyon, mahkemeye erişim hakkı ile ilgili kısıtlamanın, yaşam hakkının korunması amacına yönelik olduğuna ve bunun da her devletin kendi takdir yetkisi kapsamına girdiğine hükmetmiştir³¹.

²⁸ Dericiler, s. 379.

²⁹ Kocabaş, s. 43. Bkz. ECHR (1992) Case of H v. Norway, App. No. 17004/90, 19 May.

³⁰ Dönmez, s. 136.

³¹ Kocabaş, s. 44. Bkz. ECHR (1994) Case of Reeve-United Kingdom, App. No. 24844/94, 30 November.

Mahkemenin, kürtajın yasaklanmasının sözleşmenin 3. maddesinde düzenlenen, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağına aykırı olduğuna ilişkin kararları da bulunmaktadır. Bu konuda da, 26.5.2011 tarihli R.R. v. Polonya davasını örnek gösterebiliriz. Gebe kadının ağır genetik bozukluğu bulunmasına rağmen, kürtaj karşıtı doktorlar tarafından annenin genetik testlere erişimi engellenmiştir. Bu durum bebeğin anormal kromozomla doğmasına yol açmıştır. Mahkeme bu konuda; başvurusunun doktorlarca genetik testlere tabi tutulması gerekip gerekmediği tespit edilirken, oyalanarak iradesinin sakatlanması, yeterli ve iyi derecede danışmanlık ve bilgi verilmemesi sonucu aşağılanmış ve “alçakça” tedavi edilmiş olduğu için, sözleşmenin 3. maddesince güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini tespit etmiştir. Bununla birlikte mahkeme, gebe kadının kürtaj konusunda karar verebilmesi için iyi ve yeterli şekilde bilgilendirilmemesi sebebiyle sözleşmenin 8. maddesinin de ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır³².

Sonuç itibariyle; AİHM vermiş olduğu kararlarında, kürtaja getirilen sınırlamaların özel hayata saygı hakkının ihlalini oluşturmayacağı, ceninin sözleşmenin 2. maddesi kapsamında korunan kişi kavramına dahil edilemeyeceği ancak, taraf devletlerin belli koşullarla bu koruma kapsamına cenini de sokabilecekleri, kürtaj konusunda gebe kadının yeterli ve iyi derecede aydınlatılması ve genetik testlere ulaşımının kolaylaştırılması gerektiği belirtilmiştir.

2.4. Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçlarının Türkiye’de İşlenme Sıklığı ve Sebepleri

TNSA’ya göre; 1980’lerin sonunda Türkiye’de yüz gebelikte yirmi civarında olan kürtaj oranının, yirmi yıl içerisinde istikrarlı şekilde azalarak yarıya düştüğü görülmektedir. 2008 TNSA’ya göre; araştırma öncesindeki beş yıllık dönemde her yüz gebelikten onu kürtajla sonuçlanmıştır³³. Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsünce hazırlanan 2013 Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırmasına göre; her yüz gebelikten beşi

³²R.R. v. Polonya 26.5.2011 tarihli karar (27617/04), AİHM Günlüğü, http://aihmgunlugu.blogspot.com.tr/2011_12_01_archive.html (Son Erişim: 12.12.2016).

³³ Çavlin, Alanur/Tezcan, Sabahat/Ergöçmen, Banu, Kadınların Bakış Açısından Kürtaj, Nüfusbilim Dergisi, Sayı: 34, 2012, s.51.

isteyerek düşük (kürtaj) ile sonlanmış, bu oran beş yıl öncesine göre yarı yarıya azalmıştır³⁴.

2015 yılı Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan Adalet istatistiklerinde, çocuk düşürme, düşürtme veya kısırlaştırma suçlarında açılan yüz yirmi beş adet dava sayısı görülmektedir. Bu istatistiklere göre; 12-15 yaş arası 1 (K), 15-18 yaş arası 4 (E), 6 (K), 18 ve üzeri yaşta 49 (E) - 63 (K) yabancı uyruklu 2 (E) sanık olduğu belirtilmiştir³⁵. Ancak ne var ki, mahkemelere intikal etmeyen çocuk düşürtme ve düşürme olayları oldukça fazladır. Meseleye yalnızca istatistiki açıdan yaklaşıldığında, Türkiye'de bu suçların çok az işlendiği sonucuna varılacaktır lakin, görülen tablo gerçek durumu yansıtmamaktadır. Yaşanan vakıaların istatistiklere yansımaları ancak, suç sonucu gebe kalınması, çocuk düşürme neticesinde gebe kadının yaralanması, ölmesi yahut rızası olmayan anne veya babanın şikayette bulunması ve dolayısıyla olayın adli makamlara intikal etmesi halinde söz konusu olabilmektedir. Bununla birlikte failer, kürtaja izin veren ülkelere giderek operasyon yaptırmak yahut yapmak veya gizli kapaklı yerlerde kürtaj yaptırarak, Türkiye'de ceza kovuşturmasından kurtulabilmektedir.

Yapılan araştırmalarda, kadınların gebeliği sonlandırmalarının temel sebepleri; çocuklarının küçük olması, istenildiğinden fazla çocuk sahibi olmaları, çocuk sahibi olmaya hazır olmamaları ve boşanma durumu ya da resmi nikahın olmaması gibi durumların olduğu görülmektedir. TNSA-2003 sonuçlarına göre; her on kadından dördü, daha fazla çocuk sahibi olmak istemediği için düşük yapmıştır. Bunu bir önceki gebelikleri yeni sonlandığı için düşük yapmayı tercih eden kadınlar, %17'lik bir oranla izlemektedir. Kadınların yarısından fazlasının, doğurganlığa ara vermek yahut doğurganlığı sonlandırmak için düşük yoluna başvurdukları görülmektedir. Bunun dışında gebeliğini, ekonomik yahut ailevi nedenlerle sonlandıran kadınlar da bulunmaktadır. Kadınların %12'si için sağlık nedenleri son düşükleri için en önemli neden görülmektedir. Kadınların yaşı arttıkça daha fazla çocuk yapmak istememeleri nedeni ile de kürtaja başvurdukları görülmektedir. Otuz beş yaş ve üzeri kadınlar

³⁴ TNSA 2013 Raporu, <http://www.tkdf.org.tr/haberlerduyurular.aspx?id=33> (Son Erişim: 18.09.2016).

³⁵ TCK Uyarınca Açılan Davalardaki Suç Dağılımları, TÜRKİYE (2015) http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/CEZA/33.pdf (Son Erişim: 18.09.2016).

kürtaja, gebeliği ertelemek yahut sağlık sebepleri yüzünden başvurmaktadırlar. Kentsel ve kırsal yerlerde yaşayan kadınlar için, her iki yerde de %40'lık bir oran daha fazla çocuk sahibi olmak istemeyen kadınlara ait, bununla beraber kentsel alanda yaşayan kadınların kırsal alanda yaşayanlara nazaran, bir önceki gebeliklerinin yeni bitmesi sebebi ile daha çok düşük yaptıkları görülmektedir. Kırsal alanda yaşayan kadınlar için kürtajda, ekonomik ve ailevi sorunlar daha etkilidir. Doğu ve Kuzey Anadolu Bölgelerinde daha fazla çocuk istememe nedeni yoğunken, Batı Bölgesi'nde düşük sebebi; gebeliklerine ara vermek olarak görülmektedir. Orta Anadolu'da yaşayan kadınlar, ekonomik ve ailevi nedenleri diğer bölgelerde yaşayan kadınlara göre daha sık ifade etmişlerdir. En çok belirtilen düşük sebebi ise; eğitimleri ne olursa olsun, doğurganlığa ara vermek olarak görülmektedir. Yüksek eğitilmiş kadınlar, genelde bir önceki gebeliğin yeni bitmesini düşük sebebi olarak göstermektedirler³⁶.

Kürtaj sebebi olarak genelde, geçim sıkıntısı, sağlık sorunları, eşin/ailenin tutumu, doğumun güç ve zorluğu, daha önce istenmeyen bir gebeliğin doğumla sonuçlanması, ücretli bir işte çalışma ve çocuğa bakacak kimsenin olmaması gibi hayat koşulları gösterilmektedir³⁷.

³⁶ Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü (HÜNEE) (2003). Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması 2003. Ankara: HÜNEE.

³⁷ Çavlin/Tezcan/Ergöçmen, s. 61.

BÖLÜM 3

ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU

3.1. Genel Açıklamalar

TCK Madde 99- (1) Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(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.

TCK'nın "Özel Hükümler"i düzenleyen İkinci Kitabının, "Kişilere Karşı Suçlar"ı düzenleyen İkinci Kısımının, Beşinci Bölümü, "Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma" başlığını taşımaktadır. Bu bölüm altında, 5237 sayılı TCK'nın 99. maddesi çocuk düşürtme suçlarını düzenlemektedir.

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin en geniş düzenleme, 5237 sayılı TCK ile getirilmiştir. Düzenlemenin yer aldığı 99. maddede dört tür suç düzenlenmiştir. Birinci fıkrasında; yetkili kimseler tarafından kadının rızası olmaksızın ceninin düşürtülmesi, ikinci fıkrasında; yetkili kimseler tarafından gebelik süresi on haftayı geçen ceninin, kadının rızasına dayalı olarak düşürtülmesi, yine ikinci fıkrada; gebe kadının on haftadan fazla gebeliğinin sonlandırılmasına izin vermesi, beşinci fıkrada; rızaya dayalı olsa bile, yetkili olmayan kimseler tarafından on haftaya kadar olan ceninin düşürtülmesi suç sayılmıştır.

Bu bölüm altında öncelikle, yetkili kimseler tarafından gebe kadının çocuğunun rızasız düşürtülmesi halini, devamında rızaya dayalı olarak on haftayı geçen gebeliğin herhangi bir tıbbi zorunluluk yahut acil bir hal bulunmaksızın sonlandırılması durumunu ve sonrasında on haftaya kadar olan gebeliğin, gebe kadının rızasıyla yetkisiz kimseler tarafından düşürtülmesi hallerini inceleyeceğiz.

3.2. Gebe Kadının Rızası Olmaksızın Gerçekleştirilen Çocuk Düşürtme Suçu

3.2.1. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler

Gebe kadının rızası olmaksızın gerçekleştirilen çocuk düşürtme suçu, TCK'nın 99. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

Maddenin 3. fıkrasında yer alan, "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 hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." şeklindeki düzenlemeyle, suçun neticesi sebebi ile ağırlaşmış şekli düzenlenmiş ve bu halde cezada arttırmaya gidileceği belirtilmiştir.

Maddenin 5. fıkrasında ise, rızasız çocuk düşürtme suçunu nitelikli hale getiren unsura yer verilmiştir. Buna göre; "...Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur."

3.2.2. Korunan Hukuki Değer

Hukuki değer kavramı; toplumun güven ve sükununa ilişkin, ceza hukuku tarafından korunan manevi yaşamsal değerlerdir³⁸. Ceza hukukunda her bir suç, bir hukuki değer korumasına yönelik olarak düzenlenmiştir.

Çocuk düşürtme suçu ile ilgili olarak genel kanı; bu suçun düzenlenmesindeki amacın, kadının ruh ve beden sağlığı ile ceninin yaşama hakkının korunması olduğuna yöneliktir³⁹.

Bir görüşe göre; bu suçta korunan hukuki değer karma yapıdadır. Çocuk düşürtmeye yol açan fiillerin suç olarak düzenlenmesi ile ceninin yaşama hakkı, kadının bedeni üzerindeki tasarruf hakları ve çocuğun tam ve sağ doğumundan toplumun yararının korunması amaçlanmaktadır⁴⁰.

Daha geniş bir değerlendirme ile çocuk düşürtme suçunda madde 99 için, bir taraftan ceninin gelecekteki yaşama hakkı ve müdahalenin annenin sağlığını tehlikeye düşürmesi nedeniyle annenin sağlık hakkı korunurken, diğer taraftan genel ahlak ve devletin nüfus politikasının da korunan hukuki değerler arasında olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır⁴¹.

Bir diğer görüşe göre bu maddenin düzenleniş amacı; tıbbi denetimlerden uzak kürtajları azaltarak, kadının yaşamı ve sağlığı ile neslin korunmasıdır⁴².

Korunan hukuki değerlerden, kadının gebeliği sona erdirmeye hakkı ile ceninin yaşama hakkının çatıştığı tartışmaları üzerine, Medeni Kanun'un 28. maddesi kapsamında kişilik tam ve sağlam doğum ile başladığından, elinizde olmayan bir kişinin kişilik

³⁸ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 112.

³⁹ Sadak, Murat, Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma, www.turkhukuk sitesi.com (Son Erişim: 02.01.2016).

⁴⁰ Kitapçioğlu, Tülay, Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 1, 2012, s. 302.

⁴¹ Dönmez, s. 108.

⁴² Yılmaz, Halil, Cenin Öldürme (Çocuk Düşürtme/Düşürme) Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, 2001, s. 70.

hakkından dolayısı ile yaşama hakkından bahsedilemeyeceği, bu sebeple de kadının gebeliği sona erdirme hakkıyla ceninin yaşama hakkının birbiri ile çatışmadığı belirtmiştir⁴³.

Mülga 765 Sayılı Ceza Kanunu'nun ilk şeklinde çocuk düşürtme suçu; "Şahıslar Aleyhine Cürümler" başlığını taşıyan 9. babın 4. faslında düzenlenmesine rağmen, 1936 yılında yürürlüğe giren ve 3038 sayılı Kanun ile faslın başlığı "İrkin Tümlüğü ve Sağlığı Aleyhine Cürümler" olarak değiştirilmiş, 1983 yılında kabul edilen NPHK ile "Çocuk düşürtme ve düşürme suçları" olarak tekrar değiştirilmiştir. Korunan hukuki değerler arasındaki görüş farklılıklarının sebebi olarak, suçun bu aşamada geçirdiği değişiklikler olarak görülmektedir⁴⁴.

Kanaatimizce; bu suçun ihdas edilmesi ile korunmak istenen hukuki değerler; gebe kadının vücut bütünlüğü ve sağlığı ile ceninin gelecekteki yaşam hakkı, babanın cenin üzerindeki hakları ve neslin devamlılığıdır.

Bununla birlikte kanun koyucu, 99. maddede yer alan her bir fıkrada, farklı hukuki değerlere üstünlük tanımıştır. TCK'nın 99. maddesinin 1. fıkrasında, rıza olmaksızın çocuğun düşürtülmesi söz konusu olduğundan, bir taraftan kadının vücut bütünlüğü ve sağlığı koruma altına alınırken, diğer taraftan ceninin gelecekteki yaşama hakkı ve babanın cenin üzerindeki hakları da korunmaktadır. Nitekim böyle bir durumda çocuğun tahliyesi için ne rıza, ne de tıbbi bir zorunluluk söz konusudur.

Maddenin 2. fıkrasında ise, on haftadan fazla gebelik söz konusu olduğundan, annenin rızası bulunsa bile tıbbi bir zorunluluk olmamasına rağmen gebeliğin sonlandırılmasını kanun koyucu suç olarak kabul etmiş ve burada ceninin gelecekteki yaşama hakkına ve rızası bulunmadığı hallerle sınırlı olarak babanın cenin üzerindeki haklarına üstünlük tanımıştır. Bu fıkraya göre, annenin sağlık hakkı ikincil derecede

⁴³ Tek, Sinem Gülşah, Türk Hukuku'nda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Yayınları, Temmuz 2012, s. 65.

⁴⁴ Topaç, Tahir Hami, Çocuk Düşürtme Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 22, 2013, s. 155.

korunmaktadır. Ancak tıbbi zorunluluk söz konusu olduğunda anneye üstünlük tanınarak, gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmektedir.

Maddenin 6. fıkrasında ise kanun koyucu, suç mağduru kadın için rahim tahliyesi işleminin gerçekleştirilmesinde gebeliğin süresini uzatarak, annenin ruh sağlığına üstünlük tanımıştır. Bu sefer diğer hukuki değerler ikincil derecede koruma altına alınmakta, annenin ruh sağlığı, toplum içerisindeki sosyal statüsü öncelikli görülerek, gebeliğin sonlandırılmasına yirmi haftaya kadar izin verilmektedir.

Tüm bunlarla birlikte, her ne kadar NPHK nüfus artış hızını azaltmaya yönelik uygulanan nüfus politikası olarak görülse de, kürtajın asla nüfus planlaması yöntemi olarak görülemeyeceği kanısındayız. On haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılmasında dahi nüfus planlaması amaç olarak görülmemelidir.

Nitekim kürtaj, gebe kadının sağlığını bozmaya, bir daha çocuk sahibi olamamaya ve hatta ölümlere dahi yol açabilecek bir müdahaledir. Bununla beraber, her ne kadar henüz kişilik hakkına sahip olmasa ve TCK anlamında kişi kabul edilmese de, anne karnında canlı bir varlığın yaşamına son vermenin, vicdanen ve ahlaken de uygun olmadığı kanaatindeyiz.

3.2.3. Suçun Unsurları

3.2.3.1. Tipikliğin Maddi Unsurları

Suçun maddi unsurları; suçun kanuni tanımında yer alan, fail, mağdur, fiil, netice, nedensellik bağı, konu gibi suçun oluşması için gerekli olan ve kastın kapsamında yer alan unsurlardır⁴⁵. Aşağıda gebe kadının rızası olmaksızın gerçekleştirilen çocuk düşürtme suçunun maddi unsurları ayrıntılı olarak incelenecektir.

3.2.3.1.1. Fail

Fail en basit tanımıyla; suç oluşturan eylemi işleyen gerçek kişidir. Ceza Kanunu'ndaki düzenlemelere bakıldığında genellikle her kim, kimse, kişi gibi ifadelerin kullanıldığı

⁴⁵ Koca/Üzülmez, s. 104-107.

görülmektedir. Suçun kanuni tanımında bu gibi ifadeler yer veriliyorsa, suçun hareket yeteneğine sahip her gerçek kişi tarafından işlenebilebileceği anlamına gelir ki, bu tür suçlara “genel suçlar” denir. Sadece belli özelliklere sahip kişilerce işlenebilen suçlar ise; doktrinde “özgü suçlar” olarak vasıflandırılmaktadır. Özgü suçlar da kendi arasında “gerçek özgü suç” ve “görünüşte özgü suç” olarak ikiye ayrılmakta olup ancak belirli niteliklere sahip kişilerin işleyebileceği suçlar “gerçek özgü suç” olarak vasıflandırılırken, herkes tarafından işlenebilmekle beraber, nitelikli şekli özel faillik vasfını taşıyan kişiler tarafından işlenebilen suçlar, “görünüşte özgü suçlar” olarak adlandırılmaktadır⁴⁶. Örneğin; kasten öldürme suçunun üstsoy, altsoy yahut eş veya kardeşe karşı işlenmesi gibi.

Çocuk düşürtme suçunun faili açısından tartışma yaratan konu; 99. maddenin 5. fıkrasında nitelikli hal olarak öngörülen yetkili olmayan kişi kavramından ne anlamamız gerektiği ve bu suçun sadece yetkili/yetkisiz hekimler tarafından mı yoksa herkes tarafından mı işlenebileceğidir.

Genel kanı; çocuk düşürtme suçunun failinin mutlaka sağlıkla ilgili bir meslek mensubu olmasına gerek olmadığı yönündedir. Bu görüş taraftarlarına göre; Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük uyarınca, rahim tahliyesine yetkili kabul edilenler suçun temel şeklini, bu kişiler dışında kalan herkes suçun nitelikli şeklini işleyebilir⁴⁷.

Suçun failinin gebe kadın dışında herkes olabileceği kanaatinden hareket edersek; hekim dışında herhangi birinin de, gebe bir kadının çocuğunun düşmesine kendi fiili ile yol açması halinde, TCK'nın 99. maddesinin 5. fıkrası gereği sorumluluğu doğacaktır. O takdirde, TCK'nın 87. maddesinin 2. fıkrasının “e” bendindeki düzenlemenin bir anlamı kalmayacaktır. Nitekim söz konusu maddedeki düzenlemeye bakıldığında; kasten yaralama failinin, gebe bir kadına karşı işlenip de

⁴⁶ Koca/Üzülmez, s.108-109.

⁴⁷ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat Rıfat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2016, s. 330. Aynı yönde, bkz. Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 292.

çocuğun düşmesine sebebiyet verilmesi, kasten yaralama suçunun neticesi sebebi ile ağırlaşmış şekli olarak düzenlenmiştir. O halde kanun koyucu tarafından böyle bir düzenleme getirildiğine göre, TCK madde 99'da düzenlenen çocuk düşürtme suçunun herkes tarafından işlenebileceğini kabul etmek, doğru bir yorum olmayacaktır.

Suçun failinin yalnızca yetkili/yetkisiz hekim olduğunu kabul edersek, o zaman da bu kapsam dışında kalan bir kimse, fiiliyle gebe bir kadının çocuğunu düşürtürse, TCK'nın 87/2-e maddesi uyarınca cezalandırmak gerekecektir. Yani yetkili/yetkisiz hekim dışında bir kişi tarafından gerçekleştirilen kasten yaralama fiili, gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine yol açılırsa, TCK madde 87/2-e gereği sorumluluk gündeme gelecektir.

Diğer taraftan, çocuk düşürtme suçunun yalnızca yetkili ve yetkisiz hekimler tarafından işlenebileceği kabul edilirse, madde metninde kişi ifadesinin yer alması bir anlam kargaşasına yol açacaktır. Nitekim, suçun kanuni tarifinde her kim, kimse, kişi gibi ifadelerin yer alması, yukarıda da belirttiğimiz üzere, o suçun herkes tarafından işlenebileceğini gösterir⁴⁸.

Kanaatimizce; TCK madde 99'da düzenlenen çocuk düşürtme suçu, yalnızca yetkili ve yetkisiz hekimleri kapsamaktadır. Nitekim TCK madde 99'un gerekçesine bakıldığında; "... bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçların gebeliği sona erdirmeye konusunda meslek olarak yetkili olmayan kişiler tarafından işlenmesi" ibaresine yer verilmiş olup bu suçun yalnızca rahim tahliyesine yetkili ve yetkisiz hekimler tarafından işlenebileceğini, yani özgü suçlar arasında yer aldığını düşünmekteyiz⁴⁹.

Yine Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te de, gebeliğin ancak belirli uzmanlık alanına sahip hekimler tarafından sonlandırılabilirliği kabul edilmiştir. Aksinin kabulü halinde ise, gebeliği sonlandırma

⁴⁸ Koca/Üzülmez, s. 108.

⁴⁹ Koca, Mahmut, Kısırlaştırma Suçu (TCK m. 101), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 67, Sayı: 1-2, 2009, s. 46-47. (Kısırlaştırma Suçu).

hususunda uzmanlık alanı itibariyle yetkili olmayan hekim ile hekim olmayan bir kişiyi aynı cezaya mahkum etmek gerekecektir ki, bu da adil olmayan bir takım sonuçlara yol açacaktır. Nitekim gebeliğin sonlandırılması özellikle gebeliğin belli bir döneminden sonra tıbbi bir müdahaleyi gerektirir ve bu tıbbi müdahale her ne kadar yetkisiz hekim tarafından gerçekleştirilse de, hekim olmayan bir kişinin gebeliği sonlandırmak amacıyla yapmış olduğu fiillerle bir tutmak doğru değildir⁵⁰. Suçun hekim dışında kalan kişiler tarafından işlenmesi halinde ise; TCK madde 87/2-e kapsamında değerlendirme yapılacaktır.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda, rızasız çocuk düşürtme suçunun temel şeklinin faili; bu maddenin beşinci fıkrası da beraber yorumlandığında; rahim tahliyesine yetkisi bulunan hekimdir. Gebe kadının rızası bulunmadan, kadının çocuğunu düşürten yetkili hekim, bu madde kapsamında cezalandırılacaktır.

Kanun koyucu, 99. maddenin 5. fıkrasında, rahim tahliyesinin yetkili olmayan kişiler tarafından gerçekleştirilmesi halinde, cezanın yarı oranında arttırılacağını düzenlemiştir. Bu madde ile cezanın arttırılmasını gerektiren bir nitelikli hal düzenlenmiştir. TCK'nın 43. maddesine göre; bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayılır. O takdirde; çocuk düşürtme suçunun yetkili ve yetkisiz hekim tarafından işlenmesi, aynı suçu oluşturacaktır.

Fiili gerçekleştiren hekim yetkili değilse, her ne kadar kendi alanında uzman olsa da, rahim tahliyesine yetkili olmadığından, TCK madde 99/5 gereği nitelikli halin uygulanması söz konusu olacaktır.

Rahim tahliyesine yetkili kişiyi, NPHK'nın uygulanmasını sağlamak amacıyla çıkarılan Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 3/2. maddesine bakarak tespit etmek gerekecektir. Bu maddeye göre; on haftaya kadar olan gebeliklerde, kadının da rızası olmak şartıyla, rahim tahliyesini yapma yetkisi; kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarına tanınmıştır. Ancak Sağlık ve

⁵⁰ Koca, Kısırlaştırma Suçu, s. 46.

Sosyal Yardım Bakanlığı'nca açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının denetim ve gözetiminde, menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler. Gebelik süresi on haftadan fazla ise ve tüzüğe ekli (2) sayılı listede yazılı hastalıklardan birinin bulunması halinde, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından rahim tahliyesi yapılabilir. Yine tüzüğün 7/2. maddesine göre; rahim tahliyesini gerektiren acil hallerde de, bu işlem ancak kadın hastalıkları ve doğum uzmanları tarafından yapılabilecektir.

Yine 507 sayılı Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütecek Personelin Eğitimi, Görev, Yetki Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik'in 17 ve 18. maddelerine göre; on haftaya kadar ve tıbbi zorunluluğa bağlı olan on haftadan sonraki gebeliklerin sonlandırılmasında, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları, on haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılmasında; menstrüel regülasyon yöntemi ile kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının kontrol ve denetiminde, kurs görmüş, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca kendisine yeterlilik belgesi verilmiş pratisyen hekimlerin yetkili olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla bunlar dışında kalan hekimler, rahim tahliyesine yetkili olmayan kişilerdir ve cezası TCK madde 99/5 gereği yarı oranında artırılabilecektir.

Kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler ise Tüzük'te de açıkça belirtildiği üzere; kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının denetim ve gözetiminde ve ancak menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi işlemi yapabileceklerdir. Aksi takdirde Yargıtay kararları ile de sabit olduğu üzere, gerçekleştirmiş olduğu eylemleri suç oluşturacaktır⁵¹.

⁵¹"Hijyen ve koruyucu hekimlik belgesi bulunan ve nüfus planlaması hakkında kanun ile buna ilişkin 83/7395 sayılı tüzük hükümlerine göre açılan kursta sterilizasyon ile kastrasyon ameliyatlarında kurs görüp beceri kazandığı anlaşılan ve pratisyen hekim olarak serbest meslek yapan sanığın özel muayenehanesinde uzman Dr. Olmadığı halde rahim tahliye etmesi eyleminde yetki ve yetkisini kötüye kullanmasının söz konusu olup olmadığı vakum aspirasyon ile rahim içindeki materyali dışarı alınan 1219 Sayılı yasanın 23. Maddesinde yazılı umumi veya mevzii his iptali ile yapılan büyük ameliyelerden sayılıp sayılmadığı hususunda bütünüyle gönderilerek 1219 Sayılı Kanununun 75. Maddesi uyarınca Yüksek Sağlık Şurasından düşünce alınması gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması..." Y.8.CD. T: 06.05.1987, E: 1987/1586, K: 1987/4648 (www.kazanci.com.tr).

Her ne kadar, bu suçun failinin yetkili/yetkisiz hekim olabileceği ve dolayısıyla özgü suçlar arasında yer aldığı kanaatinde olsak da, Yargıtay tarafından çocuk düşürtme suçunun faili, sadece yetkili/yetkisiz hekim değil, herkes kabul edilmektedir⁵².

3.2.3.1.2. Mağdur

Mağdur; suçun konusunun ait olduğu, kendisine karşı suç işlenen kimsedir⁵³. Rızasız çocuk düşürtme suçunda suçun konusu cenin olduğundan, suçun mağduru da kuşkusuz ceninin ait olduğu ve vücudunda hayat bulduğu gebe kadın olacaktır. Yalnızca gerçek kişiler suç mağduru olabilmekle beraber, bu suçta mağdurun gerçek kişi olmanın yanında kadın ve gebe olması da gerekmektedir.

Annenin yanısıra babanın da çocuk düşürtme suçunun mağduru olup olmayacağı hususunda, fikir ayrılıkları bulunmaktadır. Babanın bu suçun mağduru değil ancak zarar göreni olabileceği yönündeki görüşlerin aksine⁵⁴, babanın da çocuk üzerinde hak sahibi olması sebebi ile hak kaybına ve dolayısıyla zarara uğrayacağı, bu sebeple çocuk düşürtme suçunun mağdurlarının anne ve babanın her ikisinin olduğu kanaatindeyiz⁵⁵. Nitekim NPHK'nın gebeliğin sonlandırılmasında eşin de rızasını araması, babanın da suç mağduru olduğunu göstermektedir. Kanunda açıkça gebe kadın evli ise eşin rızası da aranır denilmekle, evlilik birliği dışında gerçekleşen gebeliğin sonlandırılmasında, babanın iznine ihtiyaç duyulmadığı sonucuna varılabilir.

⁵²“... Olay tarihinde sanıkla müdahilin çesmeden faydalanma hususunda, tartışıkları tartışmanın kavgaya dönüştüğü, sanığın müdahile vurup sert zemine düşürdüğü daha sonra da müdahilin karnına çıkıp oturduğu bunun sonucunda 7-8 haftalık hamile olan müdahilin çocuğun düşmesine yol açtığı, yerel mahkeme sanığın müdahilin hamile olduğunu bilebilecek durumda olmadığından bahisle TCK md. 23 yollamasıyla netice bakımından sorumlu tutulamayacağı ve fiilin de bu haliyle taksirle yaralamayı düzenleyen 89. maddesine dönüştüğü düşüncesiyle anılan madde gereğince sanığın cezalandırılmasına karar verilmiştir. Somut olaya baktığımızda olay öncesi köy cami hopörlerinden hamile kadınların köy muhtarlığına çağrıldığı bu çağrıya müdahilin uyararak gittiği ve hamile olduğuna dair kaydı yaptırdığı bu çağrıdan dört gün sonra olay tarihinde sanığın müdahili yere yatırarak karnına oturduğu, hayatın olağan akışı gereği mağdurenin çocuğunun düşmesine yönelik bir davranışı olduğunu öngörmesi gerektiği, belirtilen şekilde çocuğun düşmesi sonucunu doğuran eylemde olası kast ile hareket edildiği ortaya çıkmış olmakla, netice bakımından çocuk düşürme sonucundan sorumlu tutulması gerektiği halde yazılı şekilde olayda uygulama yeri bulmayan taksirle yaralama suçundan ceza verilmesi bozmayı gerektirmiştir...” Y.3.CD. T: 29.11.2006, E: 2006/2128 K: 2006/9059 (www.kazanci.com.tr).

⁵³ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2010, s. 20.

⁵⁴ Ertuğrul, Hüseyin, TCK'da Çocuk Düşürme Suçu, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2016, s. 374.

⁵⁵ Yılmaz, s. 80.

Bu suçun işlenmesiyle birlikte, doğumların azalmasının milli gelişimi olumsuz etkileyeceği ve bu sebeple toplumun da suç mağduru olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır⁵⁶. Çocuk düşürtme suçu için, suçun konusu yani cenin, toplumu oluşturan fertlerin hepsine ait olmadığından, suçun mağdurunun toplum olamayacağı görüşündeyiz. Bu sebeple, her ne kadar bu suçun işlenmesi ile birlikte toplum dolaylı olarak etkileniyor olsa da, suçun mağduru değil, suçtan zarar gören konumundadır. Diğer taraftan çocuk düşürtme suçunun, kanunun topluma karşı suçlar kısmında değil, kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenmiş olması da, suç mağdurunun toplum kabul edilmeyeceğini göstermektedir.

Cenin ise çocuk düşürtme suçunun mağduru değil, suçun konusu olduğu kanaatindeyiz. Nitekim TMK kişiliği tam ve sağlam doğumla başlatır, ölümle sona erdirir. TMK madde 28/2'ye göre; çocuk hak ehliyetini sağ doğmak koşulu ile ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder. O halde TMK anlamında cenin, henüz kişiliğe sahip olmamakla beraber, ancak tam ve sağlam doğum ile ana rahmine düştüğü andan itibaren hak sahibi olabilecektir. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, ancak tam ve sağlam doğumla kişilik kazanabilen ceninin, suçun mağduru olması da hukuken mümkün değildir⁵⁷.

3.2.3.1.3. Suçun Konusu

Hareketin yöneldiği kişi ya da şey, suçun konusunu oluşturmaktadır⁵⁸. Bu durumda rızasız çocuk düşürtme suçunun konusu; cenindir.⁵⁹

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda suçun konusunu; çocuğun doğumdan önceki konumu, yani cenin oluşturacaktır. Kanunda bu suç, her ne kadar çocuk düşürtme suçu başlığı altında düzenlense de, burada bahsedilenin çocuk değil,

⁵⁶ Aydın, Murat, Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, 2011, s. 76.

⁵⁷ Orhan, Cihan, Hekimin Cezai Sorumluluğu Açısından Çocuk Düşürtme Suçu, <http://cihanorhan.av.tr/hekimin-cezai-sorumlulugu/> (Son Erişim: 04.12.2016).

⁵⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 22.

⁵⁹ Kızıroğlu, Serap Keskin, Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, s. 172.

cenin olduğu açıktır⁶⁰. Nitekim çocuk; 18 yaşını doldurmamış gerçek kişileri ifade eder ve böyle bir durumda da, dünyaya gelmiş bir insan söz konusu olacağından, bu kişiye karşı gerçekleştirilen fiiller, kasten öldürme veya kasten yaralama suçlarını oluşturacaktır⁶¹.

Burada önemli olan husus; cenin sıfatının hangi andan itibaren kazanıldığının tespiti. Nitekim cenin sıfatının kazanılmasından önce canlılığını yitirmişse, bu suç oluşmayacaktır⁶². Alman Hukukunda kabul edildiği üzere; cenin sıfatı nidation döneminde başlamakta olup, bu dönem; döllenmiş yumurtanın rahmin iç zarına yerleşmesi olayıdır ve döllenmeden itibaren yaklaşık olarak yedi gün sonra gerçekleştiği kabul edilmektedir⁶³. Yani genel kanı; cenin sıfatının döllenme ile değil, döllenmiş yumurtanın rahmin iç zarına yerleştirilmesi ile kazanıldığı yönündedir. Nitekim hamile bir kadından söz edebilmek için, rahminde ceninin varlığı şarttır.

Cenin sıfatının nidationla başladığının kabulü ile bir takım sonuçlar ortaya çıkacaktır. Öncelikle; nidation dönemi döllenmeden itibaren yaklaşık 7 gün sonra gerçekleştiğinden, döllenmeyi önleyen metod ve vasıtaların kullanılması suç oluşturmayacaktır. Döllenmiş yumurtanın ana rahmine yerleşmesini önleyen metod ve vasıtaların kullanılması da çocuk düşürtme suçuna vücut vermez. Cenin karakterinin, döllenmiş yumurtanın ana rahmine yerleşmesi ile başladığı kabul edilince, tüpte döllenmiş yumurta da ana rahminde bulunmadığından henüz cenin sıfatını kazanmamış olacak ve dolayısıyla çocuk düşürtme suçu oluşmayacaktır⁶⁴. Keza bu fiiller kanunda ayrıca suç olarak da düzenlenmemiştir.

TMK'da cenin; kanunun 28/2. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Buna göre; sağ doğmak şartıyla cenin, ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine

⁶⁰ Topaç, s. 153.

⁶¹ Kızıroğlu, 172-173.

⁶² Can, Sibel, Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 1, 2015, s. 87.

⁶³ Dönmez, s. 105.

⁶⁴ Lüttger, Hans, "Gebeliğin Önlenmesi İle Çocuk Düşürme Arasındaki Sınırı Tespitte Federal Almanya Ceza Hukukunda Yeni Problemler" (Özet Çeviri; Özgen, Eralp.), AÜHFD. Cilt: 28, 1971, s. 253.

sahiptir. Tam ve sađ dođan cenin, ana rahmine dűstűđű andan itibaren hak ehliyetine sahip olacak, aksi takdirde Medeni Hukuk açısından çok önem arz etmeyecektir⁶⁵.

Medeni Kanun anlamında ceninin önemini en çok miras konusunda görmekteyiz. Kanunun 582. maddesine göre; cenin sađ dođmak Őartıyla ana rahmine dűstűđű andan itibaren mirasçı olmaya ehildir. Yine kanunun 643. maddesine göre; mirasın paylaŐtırılmasının dođum anına kadar erteleneceđi hususu dűzenlenmiŐtir. Kanunda bu ve benzer dűzenlemelere yer verilerek, cenine hukuken bir koruma sađlanılmıŐtır.

Burada tartıŐılan bir diđer konu; sađ ve tam dođumun gerçekleŐtiđi anda kazanılan hak ehliyetinin ne zamana kadar geriye yűrűyeceđidir. Doktrinde bu hususta, TMK madde 28’de her ne kadar “ana rahmine dűŐme anı” ifadesi kullanılmıŐ olsa da, “döllenme anı” nın dikkate alınması gerektiđi grűŐű hakimdir. Bu grűŐű; sađ ve tam dođum ile kazanılacak hak ehliyetinin hűkműnű, döllenme anına kadar geri çekmek gerekeceđi ynűndedir. Sađ ve tam dođumla hak ehliyeti geçmiŐe etkili olarak ve döllenme anından itibaren kazanılmıŐ sayılacađından, artık ceninin sađ ve tam dođumun gerçekleŐmesinden önceki aŐamada da hak ehliyetine sahip bulunduđunu kabul etmek gerekir. Böyle olunca da sađ ve tam dođumun ardından, döllenmeden bu zamana kadar gerçekleŐmiŐ olan zararların tazminini talep etmek műmkűn olacaktır⁶⁶.

Hareketin konusunun hareketten etkileniŐ biçimine göre suçlar; zarar suçları ve tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Zarar suçlarında hareketin yapılması ile suçun konusu zarara uđratılırken, tehlike suçlarında suçun kanuni tanımında yer alan hareketin yapılmasıyla suçun konusu bakımından tehlikeye sebebiyet verilmektedir⁶⁷. ocuk dűŐűrtme suçunda fail, gerçekleŐtirdiđi elveriŐli hareketler ile ceninin dűŐűrűlmesine ve lűműne sebebiyet verdiđinden bir zarar ortaya çıkmakta, dolayısıyla bu suç zarar suçları arasında yer almaktadır.

⁶⁵ Yılmaz, s. 71.

⁶⁶ Keskin, DilŐad, Dođum ncesi GerçekleŐen Zarar Verici Fiil Sebebiyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakűltesi Dergisi, Cilt: 17, 2013, s. 746-748.

⁶⁷ Koca/űzűlmez, s. 113.

Kadının gebe olmaması durumunda suçun konusu bulunmadığından, işlenemez suç söz konusu olacaktır. İşlenemez suç en basit ve genel tanımıyla; suçun konusunun bulunmaması halidir⁶⁸. TCK'da işlenemez suça ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. 154 sayılı Kıbrıs Ceza Kanunu'nun 366. maddesinin 3. fıkrasında ise, bu konuda kanun koyucu tarafından somut bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre; "Suçu işleyen kişinin bilmediği koşullar nedeniyle aslında suçu işlemenin olanaksız olduğu dikkate alınmaz"⁶⁹. Görüldüğü üzere; Kıbrıs Ceza Kanunu'nda, Türk Ceza Hukuku sistemine uygun olmayan bir düzenleme ile suçun konusu bulunmasa yahut suçun gerçekleşmesi için elverişli hareketler yapılsa da, kişinin niyetine göre ceza yaptırımına maruz kalacağı düzenlenmiştir. Oysaki TCK sistematığında, öncelikle somut durum değerlendirilir, kanuni tipe uygun bir fiilin varlığı mevcutsa, fiili gerçekleştiren kişinin niyeti bundan sonra ele alınır.

İngiltere'de 1981 tarihli Suça Teşebbüs Yasası'nın 1. bölümünde yer alan hükümde ise, failin bilmediği nedenlerden ötürü gerçekte suçu işlemesinin imkansız olması halinde teşebbüsten sorumlu tutulacağı belirtilmiştir⁷⁰.

Alman Ceza Kanunu'nda teşebbüs için elverişli hareket kavramına yer verilmemiştir. Bu nedenle işlenemez suça teşebbüs cezalandırılmaktadır. Bununla birlikte kanunun 23/3 maddesine göre;

Fail, ağır bir bilgi ve anlama hatası yapması nedeniyle suçun konusunu teşkil eden şeyin ve fiili işlemekte kullanılan vasıtaların cinsinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açmayacağını idrak etmemişse, mahkeme ceza vermekten vazgeçilebilir veya cezayı takdiren indirebilir.

Denilerek, bazı koşulların gerçekleşmesi halinde faile ceza verilmediği gibi cezasında indirim yapılabileceği belirtilmiştir⁷¹.

⁶⁸ İpekçioğlu, Pervin Aksoy, Karşılaştırmalı Bir inceleme: Türk Ceza Hukuku İle Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından İşlenemez Suçun Değerlendirilmesi, AÜHFD, Cilt: 3, Sayı: 61, 2012, s. 859-860.

⁶⁹ İpekçioğlu, s. 875.

⁷⁰ İpekçioğlu, s. 878.

⁷¹ Şere, Ersin, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 130, 2017, s. 132.

TCK'da suçun konusu yoksa, faile teşebbüsten dahi ceza verilemez. Ancak failin gerçekleştirdiği hareketler başka bir suça vücut veriyorsa, o takdirde o suçtan dolayı sorumluluk gündeme gelecektir⁷². O halde, gebe sanılan ancak gerçekte gebe olmayan kadına karşı işlenen fiil dolayısıyla, faili çocuk düşürtme suçundan değil, fiilinin yol açtığı neticeye göre, kasten yaralama yahut kasten/taksirle öldürme suçundan sorumlu tutmak gerekecektir.

Cenin rahimde ölü ise gene çocuk düşürtme suçu oluşmayacaktır. Nitekim bu suçun işlenebilmesi için ceninin canlı olması şarttır. Aksi takdirde yine gebe kadına karşı kasten/taksirle öldürme ya da yaralama suçları işlenmiş olacaktır. Cenin doğmuş ise, yine yukarıda da bahsettiğimiz üzere kişilik kazandığından, gebe bir kadından söz edilemeyeceği için bu suç oluşmayacaktır⁷³.

Rızasız çocuk düşürtme suçunda, ceninin kaç haftalık olduğunun bir önemi yoktur⁷⁴. Nitekim kanun koyucu madde metninde herhangi bir hafta sınırlaması getirmemiştir. Çünkü burada önemli olan, kadının rızasının bulunmadan kendisine yönelik bir takım hareketlerde bulunularak, ceninin düşmesine yol açılmasıdır. Ancak elbette ceninin rahimdeki bulunma süresi ile bağlantılı olarak gebe kadının sağlığı ve yaşama hakkı farklı derecelerde etkileneceğinden ve ceninin özellikle on haftadan sonra hukuken yaşama hakkına daha fazla üstünlük tanınacağından, TCK madde 61 gereğince bu durum temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir.

Cenin anne karnından tamamen ayrıldığı anda ise, artık insan sıfatı kazanılmış olur. Bu süreçten sonra gerçekleştirilecek fiiller çocuk düşürtme suçunu değil, taksirle/kasten öldürme suçunu oluşturacaktır. Türk Hukukunda durum her ne kadar böyle olsa da, Alman Hukuku'nda insan sıfatının doğum sancılarının başlaması ile kazanıldığı kabul edilmektedir⁷⁵. Bu düzenleme karşısında, doğum sancuları başlayan bir gebe kadına karşı gerçekleştirilen fiil neticesinde cenin ölürse, Alman Hukuku'nda çocuğa karşı

⁷² Koca/Üzülmez, s. 415.

⁷³ Kızıroğlu, s. 173.

⁷⁴ Kızıroğlu, s. 173.

⁷⁵ Hakeri, s. 694.

kasten öldürme suçu oluşurken, Türk Hukuku'nda cenin henüz kişi sıfatını kazanmadığından, çocuk düşürtme suçu gündeme gelecektir.

3.2.3.1.4. Fiil

Çocuk düşürtme suçu, kanunda özel olarak belirtilmediğinden, bu neticeye yol açabilecek her türlü fiille gerçekleştirilebilir. Gebe kadının tekmelenmesi, yüksekten itilmesi, yumruklanması, ilaç içirtilmesi gibi yöntemlerle bu suç işlenebilir⁷⁶.

Kanunda özel olarak belli hareketlerle gerçekleştirileceği düzenlenmeyen suçlar, her türlü hareket ile işlenebileceğinden, „serbest hareketli suçlar“dır⁷⁷. Yargıtay kararlarında çocuk düşürtme suçunda önemli olan; ceninin varlığını ya da kadının hamileliğini sona erdirmek olduğu düşünülerek, bu neticeyi meydana getirecek her türlü hareketle suçun işlenebileceği kabul edilmekte ve ceninin düşmesi neticesine yol açabilecek her türlü hareket, çocuk düşürtme suçu kapsamında cezalandırılmaktadır. Ancak tabii ki gerçekleştirilen fiilin, çocuk düşürtme neticesine yol açabilecek nitelikte olup olmadığının kesin olarak tespit edilmesi gerekmektedir⁷⁸.

Kanun metninde fiil bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemesi her ne kadar bu suçun her türlü hareketle işlenebileceği kanaatini uyandırsa da, çocuk düşürtme suçunun yetkili ve yetkisiz hekimler tarafından işlenebileceği görüşünde olmamız ve ceninin rahimden tahliye edilmesi işleminin özellikle on haftadan sonra gebe kadının ölümüne yol açmaması için cerrahi bir müdahale gerektiriyor olması sebebi ile bu suçun pratikte daha çok tıbbi bir müdahale ile yani kürtaj şeklinde gerçekleştirilebildiği kanaatindeyiz. Nitekim bir kadın doğum uzmanının, gebe kadına tekme atarak, yahut onu itip karnının üstüne düşmesine yol açarak gebeliğini sonlandırması beklenemez. Bununla birlikte gebelik süresi arttıkça tekmeyle yahut

⁷⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 294.

⁷⁷ Koca/Üzülmez, s. 116-117.

⁷⁸ “...tarafından düzenlenen raporda ekimozların ebatı, basit tıbbi müdahale ile giderilebilir ölçüde olup olmadıkları, bu yaralanmanın çocuğun düşmesine neden olup olmayacağı hususlarında açıklayıcı bilgi de bulunmaması, sanıkların atılı suçu işlemediklerine dair istikrarlı savunmaları ve tüm dosya içeriğine göre, isnat olunan suçu işlediklerine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği anlaşıldığından, münnet suçtan beraatleri yerine ... Tebliğname No : 14 - 2012/181463 SUÇ : Çocuk düşürtme İlk derece mahkemesince verilen hükümler temyiz edilmekle dosya incelenerek gereği düşünüldü...” Y.14.CD. T: 10.11.2015, E: 2013/10745, K: 2015/10449 (www.kazanci.com.tr).

ilaç iirtilerek gerçekleştirilen fiiller bu suç için elverişli hareket olmayacaktır. Bununla birlikte tekrar belirtmek isteriz ki, kanun koyucu tarafından suçun işleniş şekliyle ilgili olarak herhangi bir belirleme ve sınırlama getirilmemiştir.

Fail tarafından gerçekleştirilen fiilin ocuk dūřurtme suçunu oluşturabilmesi için, kadının gebe olması gerekmektedir. Doktrinde gebeliğin, suçun işlenebilmesi için gerekli olan fiilden önce ve ondan bağımsız tabii bir unsur olduğu, yani fiilin ön şartı olduğu kabul edilmektedir. Bu dūřuneye göre; gebeliğin kesin delillerle kanıtlanmış olması zorunlu olup şüphe sanık lehine yorumlanacaktır⁷⁹. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere; kadının gebe olması nřart değil bizatihi suçun unsuru olup kadının gebe olması fiilin tipikliğini saęlamaktadır⁸⁰. Kadının gebe olmaması halinde ortada suçun konusu ve korunan hukuki yarar bulunmadığından “işlenemez suç” söz konusu olacak ve fail ocuk dūřurtme suçundan değil, fiilinin sebep olduğu neticeye göre, gebe kadına karşı kasten yaralama yahut taksirle öldürme suçlarından sorumlu tutulacaktır. Gebelięin doğal veya suni yoldan gerçekleşmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Yani; doğal yoldan hamile kalamayan bir kadının büyük emek ve uğraşlar neticesinde suni yoldan (tıbbi yöntemlerle) hamile kalması ve ocuk dūřurtme suçunun mağduru olması halinde ayrı bir düzenleme getirilmemiştir. Bu konuya ilişkin nitelikli bir hal de düzenlememiştir. Ancak bu durum TCK madde 61 gereği temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir⁸¹.

Hekim, ocuk dūřurtmek için herhangi bir müdahalede bulunmaz, ancak dünyaya gelen çocuğa müdahale etmemesi sebebiyle ocuk ölürse, failin ihmali hareketinden dolayı sorumlu tutulacağı belirtilmektedir. Ancak elbette burada doğmuş bir ocuk söz konusu olduğundan, ihmali hareketle kasten öldürme suçundan sorumluluk gündeme gelecektir. Hekimin suça iştiraki durumunda, artık ihmalden dolayı ayrıca sorumlu tutulmayacaktır⁸².

⁷⁹ Ersoy, Yüksel, Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 53, 2004, s. 174.

⁸⁰ zbek, /Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 292-293.

⁸¹ Dönmez, s. 112.

⁸² Aydın, s. 78.

İşlenen fiilin, çocuğun doğmasından evvel mi, yoksa sonramı gerçekleştirildiği anlaşılamıyorsa, “şüpheden sanık yararlanır” kuralı gereği, sanığı adam öldürme suçundan değil, çocuk düşürtme suçundan cezalandırmak gerekecektir⁸³.

Doktrinde her ne kadar çocuk düşürtme suçunun hem icra-i hem ihmali hareketle de işlenebileceği belirtilmiş olsa da⁸⁴, mevcut TCK sisteminde, kanunda açıkça ihmali hareketle işlenebileceği belirtilmeyen suçların, ihmali hareketle işlenebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla kanunilik ilkesi uyarınca, çocuk düşürtme ve düşürme suçlarının ancak icra-i hareketle işlenebileceği kabul edilmektedir⁸⁵. İhmali hareket halinde ise hekimi, görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumlu tutmak gerekecektir.

Gebe kadının eşi tarafından yahut birlikte yaşadığı evli olmadığı bir erkek tarafından kendi haline bırakılması neticesinde ceninin düşmesi fiilinin, çocuk düşürtme suçunu oluşturup oluşturmayacağı konusuna da kısaca değinmek isteriz. TCK'nın, “Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali” başlıklı 233. maddesinin ikinci fıkrasına göre; hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk eden kimseye, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir. Bu suç, çocuk düşürtme suçundan ayrı, bağımsız bir suçtur. Maddedeki düzenlemeyi yorumladığımızda erkeğin, hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe olduğunu bildiği eşi olmayan kadını terk etmesiyle TCK madde 233/2'de yer alan suç oluşacak, ayrıca ceninin ölmesi neticesi aranmayacaktır. Bu terk nedeniyle ceninin ölmesi halinde ise failin, TCK. madde 89/3,e kapsamında neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan sorumlu tutulması gerektiği belirtilmektedir⁸⁶.

⁸³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 332.

⁸⁴ Erdem, Dilek Özge, Çocuk Düşürtme Düzenlemesi/Regulation of İllegal Abortion, AÜHFĐ, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 1659.

⁸⁵ Koca/Üzülmez, s. 382.

⁸⁶ Tuncer, Sezgin Duygu, Türk Ceza Kanunu'nda Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüklerin İhlali, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015, s. 97.

3.2.3.1.5. Netice

Suçun kanuni tarifinde, hareketten başka ayrıca bir neticenin de gerçekleşmesinin arandığı suçlar neticeli suçlardır⁸⁷. Çocuk düşürtme suçunun oluşabilmesi için, fiil tek başına yeterli olmamakla beraber, suç ceninin yaşamına son verilmesiyle tamamlanmaktadır. Yani bu suçun oluşması için fiilden başka, ceninin ölümü neticesi de aranmaktadır.

Önemle belirtmek gerekir ki; suçun oluşması için ceninin ana rahminden ayrılması neticesinin gerçekleşmesi gerekmecektir. Ceninin kadının rahminde olduğu süreçte işlenen fiil neticesinde, rahmin içinde veya dışında ölmesinin, suçun oluşmasına hiç bir etkisi bulunmamaktadır⁸⁸.

Ceninin anne karnında ölmesi ile anne karnında iken gerçekleştirilen fiil neticesinde, canlı doğduktan sonra ölmesi arasında da herhangi bir fark olmayıp önemli olan ceninin çocuk düşürtme fiilinin neticesinde yaşamına son verilmesidir. Bu nedenle, ceninin ana rahmindeyken gerçekleştirilen fiil neticesinde düşmesi halinde de, ana rahminde gerçekleştirilen fiile bağlı olarak doğduktan sonra ölmesi durumunda da, çocuk düşürtme suçu oluşacaktır⁸⁹.

3.2.3.1.6. Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet

Hareketin yanı sıra neticenin de arandığı suçlarda, gerçekleşen neticeden faili sorumlu tutabilmek için, hareket ile netice arasında sebep-sonuç ilişkisini ifade eden nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Nedensellik bağının aranmasındaki amaç; faili sadece kendi fiilinin yol açtığı neticelerden sorumlu tutmak olup kimse kendi hareketinin neden olmadığı bir neticeden sorumlu tutulamaz. Somut olayda nedensellik bağının varlığı da tek başına yeterli olmamakla beraber, aynı zamanda bu neticenin faile objektif olarak yüklenebilir olması yani; her türlü hayat tecrübesinin dışında a-tipik bir gelişme olmaması, failin olayın gelişimine egemen olabilmesi, fail

⁸⁷ Koca/Üzülmez, s. 123.

⁸⁸ Erdem, s. 1659.

⁸⁹ Hakeri, s. 696-697.

tarafından yaratılan tehlikenin tipte öngörülen neticede gerçekleşmesi ve neticenin normun koruma alanı dışında olmaması gerekmektedir⁹⁰.

Çocuk düşürtme suçunda da, failin fiilinden ayrı bir de neticenin gerçekleşmesi arandığından, fiil ile netice arasında nedensellik bağının da bulunması şarttır. Yani ceninin düşürtülmesi neticesi ile failin fiili arasında illiyet bağı kurulabiliyorsa, o takdirde fail cezalandırılabilir.

Failin gerçekleştirdiği fiil neticesinde, cenin rahimden çıkarıldıktan sonra gördüğü zarar sebebiyle ölürse, o takdirde yine çocuk düşürtme suçu oluşacaktır. Nitekim bu durumda da, failin gerçekleştirdiği fiil dolayısıyla kastedilen netice, sonradan gerçekleşmiş ancak aradaki nedensellik bağı kopmamıştır⁹¹.

3.2.3.2. Tipikliğin Manevi Unsurları

Suçun oluşabilmesi için maddi unsurlarının yanı sıra, fail ile işlediği fiil arasında manevi bir bağ kuran manevi unsurların da gerçekleşmesi gerekir⁹². TCK'nın 21. maddesine göre; suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Bu sebeple genel kural; suçun kasten işlenebileceğidir. Taksirli davranış ise ancak, kanunda ayrıca düzenlenmesi halinde cezalandırılabilir.

Rızasız çocuk düşürtme suçunun taksirli şekli kanunda ayrıca düzenlenmediğinden, bu suçun manevi unsuru kasttır. Taksirli fiiliyle çocuğun düşürtülmesine sebep olan fail ise, kanaatimizce ancak taksirle yaralama yahut kasten yaralama suçlarından sorumlu tutulabilir. Bu durumda başka bir hastalığın tedavisi için verdiği ilaç dolayısıyla, çocuğun düşmesine sebebiyet veren hekimi, çocuk düşürtme suçundan sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Ancak ne var ki, hekimin vermiş olduğu ilaçların tüm yan etkileri hususunda bilgi sahibi olması ve bunları hastasıyla

⁹⁰ Koca/Üzülmez, s. 124-134.

⁹¹ Can, s. 86.

⁹² Koca/Üzülmez, s. 139.

paylaşması gerektiği ve ilaçların tüm yan etkilerinden sorumlu olduğu sabit olduğuna göre, faili taksirle yaralama suçundan dolayı sorumlu tutmak gerekecektir⁹³.

Bu suçun yalnızca yetkili ve yetkisiz hekim tarafından işlenebileceği görüşünde olmamız sebebiyle, bu kategori dışında kalanlar tarafından gebe olduğu bilinen bir kadına karşı kasten yaralama suçu işlenir ve çocuğun düşmesine sebebiyet verilirse, netice sebebiyle ağırlaşan kasten yaralama suçu oluşacaktır ve faili, TCK'nın 87/2,e maddesi gereği sorumlu tutmamız gerekecektir. Yine bu kişiler, taksirle yaralama fiili sonucu gebe bir kadının çocuğunun düşmesine yol açarsa, TCK madde 89/3-e gereği cezalandırılacaklardır.

Yargıtay sonuç olarak doğru ancak gerekçesini yanlış bulduğumuz bir kararında, gebelik takibini yapan bir doktorun, cenindeki kordon dolanması sebebiyle gelişen uteroplasental yetmezliğini, dolayısıyla fetustaki gelişme geriliğini tespit edememesi sonucu anne karnında öldüğü anlaşılan bir olayda, TCK'nın 89/3-e maddesinde taksirle çocuk düşürtme suçunun düzenlendiğini, bu madde gereğince fail ya da failerin eylemleri sonucu anne karnında bulunan ve henüz normal doğum süresi gelmemiş olan bebeğin düşmesinin gerektiğini belirtmiştir⁹⁴. Daha önce de belirttiğimiz üzere; çocuk düşürtme suçu sadece kasten işlenebilir. Nitekim bu suçun taksirli şekli kanunda ayrıca düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, TCK madde 89/3-e taksirle çocuk düşürtme suçunu değil, taksirle yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklini düzenleme altına almakla, kararda suç yanlış nitelendirilmiştir. Dolayısıyla, somut olayda hekim tarafından işlenen suç çocuk düşürtme suçu değil, anneye karşı taksirli yaralama suçunun neticesi sebebi ile ağırlaşmış halidir.

Kasten işlenen suçların ilke olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebileceği kuralından yola çıkarsak, teorik olarak çocuk düşürtme suçunun olası kastla işlenebileceği söylenebilir. Ancak bu suç, mahiyeti gereği ancak doğrudan kastla işlenebilir. Nitekim TCK madde 99/1 anlamında suçun oluşması için; failin, kadının

⁹³ Koca, Mahmut, Hekimin İlaç Tedavisinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 3-4, 2009, s. 34-35.

⁹⁴ Y.12.CD. T: 02.04.2015, E: 2015/1248, K: 2015/6031 (www.kazanci.com.tr).

gebe olduğunu ve çocuk düşürtmeye rızasının olmadığını bilmesi gerekmektedir⁹⁵. Dolayısıyla çocuk düşürtme suçunun olası kastla işlenmesi kanaatimizce mümkün değildir.

Elbette burada önemli olan; failin kastının, gebe kadının çocuğunun düşürtülmesine yönelik olmasıdır. Amaç kadının ölmesi yahut yaralanması ise bu suç değil, kasten yaralama yahut kasten öldürme suçu oluşacaktır⁹⁶.

3.2.3.3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

3.2.3.3.1. Genel Olarak

Hukukaayrılık, işlenen fiilin tüm hukuk düzenince yasaklanması anlamına gelmektedir. Tipe uygun bir fiil, somut olayda bir hukuka uygunluk sebebi mevcut değilse, aynı zamanda hukuka aykırı bir fiildir. TCK'da meşru müdafaa, ilgilinin rızası, hakkın kullanılması ve görevin ifası hukuka uygunluk sebepleri olarak düzenlenmiştir⁹⁷.

İnceleme konumuz, rızasız çocuk düşürtme suçu açısından hukuka uygunluk sebepleri olduğundan ötürü, burada sadece rıza konusunu ele alacağız. Nitekim diğer hukuka uygunluk sebeplerinin mahiyeti gereği bu suça uygulanamayacağı açıktır. Bununla beraber, çocuk düşürtme suçu açısından rızanın, hukuka uygunluk sebebi değil, tipikliğin bir unsuru olduğu kanaatinde olmamıza rağmen, genel kanının aksi yönde olması sebebi ile rıza konusunu bu başlık altında incelediğimizi belirtmek isteriz.

3.2.3.3.2. İlgilinin Rızası

3.2.3.3.2.1. Rızanın Hukuki Mahiyeti

Anayasamızın 17. maddesine göre; "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi

⁹⁵ Koca, Kısırlaştırma Suçu, s. 53.

⁹⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 335.

⁹⁷ Akyazan, Ahmet Emrah, 5237 Sayılı TCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, 2006, s. 98, 99.

deneylere tabi tutulamaz.” denilerek rıza kavramına anayasal bir boyut kazandırılmıştır.

Burada önem arz eden husus; rızanın bir hukuka uygunluk sebebi mi yoksa tipikliğin bir unsuru mu olduğu noktasında toplanmaktadır.

İtalyan Ceza Kanunu’nun 50. maddesine göre; “Hukuka uygun şekilde rızasını açıklayan kişinin rızasına dayanarak bir hakkı ihlal eden kişi cezalandırılmaz.” Madde metninden, rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlendiği görülmektedir⁹⁸.

Nitekim TCK’nın 26. maddesinde de, “Kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” denilerek, rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlendiği görülmektedir.

Alman Ceza Kanunu’nun 228. maddesinde; yaralama fiilinin, yaralanan kişinin rızasına rağmen ahlaka aykırı ise hukuka aykırı olacağı belirtilerek, ahlaka aykırı olmayan rızanın yaralama suçu açısından fiili hukuka uygun hale getireceği belirtilmiştir⁹⁹.

Avusturya Ceza Kanunu’nun 90/1. maddesinde; yaralanan kişinin rızasına dayalı olarak gerçekleştirilen ve genel ahlaka aykırı olmayan fiilin hukuka uygun olduğu belirtilmiştir¹⁰⁰.

İlgilinin rızası konusunun, benimsediğimiz suç teorisi çerçevesinde tipikliğini kaldıran rıza ve hukuka aykırılığı kaldıran rıza olarak iki şekilde incelenmesi gerekmektedir. Suçun kanuni tanımında fiilin rıza olmaksızın işlenmesi haline açıkça yer verilmiş ise, rızanın yokluğu tipikliğini ortadan kaldıracaktır. O halde suçun kanuni tanımında yer

⁹⁸ Carlotta, Cassani, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Rıza”, (Çeviri; Muharrem Özen, Mustafa Özen), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 77, 2008, s. 237.

⁹⁹ Şahin, Meral Ekici, Ceza Hukukunda Rıza, 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 18.

¹⁰⁰ Şahin, s. 20.

almayan rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak, fiili hukuka uygun hale getirecektir¹⁰¹.

Rızasız çocuk düşürtme suçunun düzenlendiği TCK'nın 99. maddesinin 1. fıkrasında da, rıza tipikliğin olumsuz unsuru olarak düzenlenmiş olup, rızanın bulunması halinde fiil tipe uygun olmayacaktır¹⁰². Yani; kadının rızası bulunduğu tipiklik gerçekleşmeyeceğinden, suç da oluşmayacaktır. Bu durumda failin kastı, rızanın yokluğunu da kapsmalıdır. Rızanın varlığı konusunda düşülen hata ise, TCK madde 30/1 gereği kastı kaldıracağından, fail çocuk düşürtme suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır.

Genel olarak kabul edilen görüş ise; rızanın hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiği yönündedir. Kanaatimizce; ancak tedavi amaçlı tıbbi müdahalelerde rıza müdahaleyi hukuka uygun hale getirmektedir. Çocuk düşürtme yahut toplum dilinde kürtaj, tedavi amaçlı bir tıbbi müdahale olmadığından, rıza konusunun özellikle rızasız çocuğun düşürtülmesine sebep olunması durumlarında, tipikliğin maddi unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz¹⁰³. Nitekim tıbbi zorunluluğun söz konusu olduğu durumlarda, kaçınıcı ayda olursa olsun rızaya dayalı yahut rıza olmaksızın gebelik sonlandırılabilir. Kaldı ki, suçun kanuni tanımında yer alan unsurların hepsi, suçun maddi unsurlarını oluşturmakta ve kastın kapsamında yer almaktadır. Ayrıca hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran ve fiili meşru hale getiren sebeplerdir¹⁰⁴. Çocuk düşürtme suçunda ise, on haftaya kadar kadının rızası, fiili meşru hale getirmez sadece fiili suç olmaktan çıkarmaktadır.

TCK'nın 26. maddesine göre; kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkına ilişkin olarak açıkladığı rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez. Kanun rızayı sadece, kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği haklar açısından bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul

¹⁰¹ Koca, Kısırlaştırma Suçu, s. 273-277.

¹⁰² Koca, Kısırlaştırma Suçu, s. 49-50.

¹⁰³ Ersoy, s. 174.

¹⁰⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 51.

etmiştir. TMK'nın 23. maddesine göre; kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. Bu durumda rıza, kişiye sınırsız bir hukuka uygunluk alanı yaratmamaktadır. Nitekim TCK, kişiyi kendisine rağmen kendisine karşı koruyan bir takım hükümler de barındırmaktadır. Zira kanun koyucu, bir takım düzenlemeler hariç suçu şikayete tabi kılmamakla birlikte, mağdurun rızası olsa ve dolayısıyla şikayeti olmasa dahi suçun kovuşturulması gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁵.

Tüm bunlar bir arada değerlendirildiğinde, verilen rızanın hukuka uygunluk sebebi teşkil etmesi için, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen bir hak ve rızanın hukuka, ahlaka aykırı olmaması gerektiği sonucuna varılmaktadır¹⁰⁶. Ahlaka ve adaba aykırılığın tespitinde; vücut bütünlüğünü ağır şekilde ihlal eden, geri dönüşü olmayacak şekilde uzuv kayıplarına yol açan fillerin, genel olarak toplumun ahlak ve adap anlayışına aykırı düşeceği görülmektedir. Dolayısıyla, çocuk düşürtme suçu açısından da, rızanın hukuka uygunluk sebebi kabul edilebilmesi için, fiilin yöneldiği amacın ahlak ve adaba uygun olması gerektiği düşünülmektedir¹⁰⁷.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalara ek olarak, çocuk düşürtmeye rıza gösterilmesi de kişilik haklarının ihlalini oluşturduğundan ve ayrıca tıbbi gereklilik hariç, ahlaka uygun olduğu da söylenemeyeceğinden, rızanın tipikliğin bir unsuru olduğu sabittir¹⁰⁸. Dolayısıyla bu suç için rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi, kanaatimizce mümkün değildir.

3.2.3.3.2.2. Rıza Açıklaması

Genellikle bir hukuka uygunluk sebebi olarak görülen rıza, acil haller hariç mutlaka müdahaleden önce verilmeli ve müdahale boyunca devam etmelidir. Sonradan verilen rıza fiili hukuka uygun hale getirmez. Çünkü yapılan işleme sonradan verilen

¹⁰⁵ Eşitli, Ezgi Aygün, Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 106, 2013, s. 280.

¹⁰⁶ Kaya, Mine, Özel Hukukta Özel Hayatın Korunması, Yargıtay Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 1-2, 2006, s. 84-85.

¹⁰⁷ Eşitli, s. 219-221.

¹⁰⁸ Koca, Kısırlaştırma Suçu, s. 52.

rıza, onay mahiyetinde olacaktır ve bu da TBK'nın 52. maddesi uyarınca tazminattan indirim yahut tazminatın kaldırılma sebebi olarak görülmektedir¹⁰⁹.

Müdahale sırasında geri alınan rıza fiili hukuka aykırı hale getirir ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesine göre; rızanın geri alınması ancak, tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.

Genel olarak rızanın açık ya da örtülü şekilde verilebileceği kabul edilmektedir. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliğinin 28. maddesine göre; mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir. Hatta bazı durumlarda hastanın varsayılan rızasının bulunduğu dahi kabul edilebilir. Mevzuatta öngörülen kimi haller dışında, rızanın yazılı olması aranmaz. Dolayısıyla yazılılık şartının açıkça aranmadığı hallerde sözlü rıza yeterli ve geçerli kabul edilecektir. Yazılılık şartı ise genelde ispat sorunları açısından yararlı görülmektedir¹¹⁰. Örneğin; 11.04.1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde, "Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri (yazılı) olması lazımdır" denilerek, yalnızca büyük müdahale gerektiren cerrahi işlemler için yazılı rızanın arandığı belirtilmiştir.

NPHK ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan Tüzük'te ise, gebeliğin sonlandırılması işleminde yazılılık şartının arandığı görülmektedir. NPHK gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin rızanın, izin belgesiyle açıklanmasını aramıştır. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te düzenlenen izin belgesine göre; tıbbi müdahale için rızası aranan kişilerin adı ve soyadı, baba adı, doğum yeri ve tarihi, adresi, tıbbi müdahalede bulunacak doktorun açıklaması ve imzası, rızası aranan kişilerin tıbbi müdahaleye rıza gösterdiklerine dair kayıt ve imzalarının bulunması gerekir¹¹¹.

¹⁰⁹ Uyumaz/Avcı, s. 619.

¹¹⁰ Hakeri, s. 330-331.

¹¹¹ Uyumaz/Avcı, s. 618.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'e ekli izin belgesine göre; hekimin "Rahim tahliyesi işleminin tıbbi sonuçları, muhtemel komplikasyonları, ağırlığı ve önemi, rıza ve izin olmaksızın bu işlemin yapılamayacağı, rızanın ve iznin kapsam ve konusu, sterilizasyon yaptıracak kişiye, eşine ya da vasiye anlatıldı" şeklinde açıklamada bulunması gerekmektedir.

Yine izin belgesinde belirtildiği üzere; rızası aranan kişiler,

Müdahaleden önce, görevli doktorun tüm açıklamalarını dinledik. Rahim Tahliyesine rıza ve iznimiz olmadan girişilemeyeceği, bu işlemin tıbbi sonuçları ve muhtemel komplikasyonları bize etraflıca anlatıldı. Bu konuda, sorumlulukların bize ait bulunduğu bilincinde olduğumuzu, hiçbir şiddet, tehdit, telkin ya da maddi ve manevi baskı altında olmaksızın rahim tahliyesini kabul ettiğimizi, gebeliğe son verme nedeniyle doğacak sonuçları gerek birbirimiz ve gerek doktor ve hastane aleyhine kullanmayacağımızı, sonucuna katlanacağımızı ve gebeliğe son verme işlemine rıza gösterdiğimizi beyan ederiz.

açıklamasında bulunmaktadır.

Uygulamada eşin ya da vasinin gelmemesi halinde, bu kişilerin izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli görülmektedir. Bu durumda belgeyi getiren kişi, imzanın izin vermesi gereken kişiye ait olduğuna ilişkin hukuki sorumluluğu kabul ettiğine dair bir belgeyi imzalamak zorunda kalacaktır¹¹².

Yazılılık şartının öngörüldüğü hallerde, rızanın sözlü verilmesi halinde müdahalenin suç oluşturmayacağı düşünülmektedir¹¹³. Nitekim yazılılık rızanın geçerli olması için aranan bir şart değil, ispat aracıdır¹¹⁴.

Burada önemli bir husus; rızanın bizzat kişinin kendisi tarafından ve özgür bir irade ile verilmesi gerektiğidir. Cebir, şiddet, baskı yahut tehdit altında verilen rıza, özgür irade altında verilmiş bir rıza olarak kabul edilemeyeceğinden, bu durumlarda rızasız çocuk düşürtme suçu oluşacaktır¹¹⁵.

¹¹²Şafak, s. 4.

¹¹³ Hakeri, s. 330.

¹¹⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 300.

¹¹⁵ Koca/Üzülmez, s. 285-286.

3.2.3.3.2.3. Rızaya Ehliyet ve Geçerliliği İçin Aranılan Şartlar

Müdahale, gebe kadının vücudu üzerinde ve gebe kadının kendisine sıkı surette bağlı bir hakkına yönelik olarak gerçekleştirileceğinden, rızanın bizzat gebe kadının kendisinden alınması gerekir. Burada rızanın geçerliliği için, kişinin anlama ve algılama yeteneğine sahip olması şarttır. Yani gebe kadın, kendisi üzerinde gerçekleştirilecek eylemin anlamını, önemini ve neticelerini anlayabilir ve algılayabilir olması gerekmektedir¹¹⁶.

Bununla beraber TCK'nın 99. maddesinde, on haftaya kadar olan gebeliklerde annenin rızası yeterli görülmesine ve ayrıca annenin sağlığı açısından tıbbi bir sakınca oluşturmaması yönünde bir şart aranmamakla beraber, NPHK'nın 5. maddesinde, on haftaya kadar istek üzerine rahim tahliyesinin, annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde yapılabileceği düzenlenmiştir¹¹⁷. O halde on haftaya kadar olan gebelik, tıbbi sakınca bulunmasına rağmen sonlandırılırsa, TCK anlamında suç teşkil etmeyeceği açıktır. Ancak elbette yapılan fiil sonucu, gebe kadının yaralanması yahut ölmesi neticesine göre failin sorumluluğu gündeme gelecektir. Kaldı ki, gebe kadın tarafından verilecek rıza yaşamını tehlikeye sokacak ise, o takdirde kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hakkı söz konusu olmadığından, dolayısıyla bu hakka yönelik rıza da geçerli olmayacaktır.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 13. maddesinde, on haftayı geçmeyen gebeliklerde izin düzenlenmiş iken, NPHK'nın 6. maddesinde hem isteğe bağlı durumlarda hem de tıbbi zorunluluk durumunda izin alma koşulu düzenlenmiştir.

Tüzük'ün 13. maddesi ve kanunun 6/1, c.1 ve 6/2. maddesi birlikte değerlendirildiğinde;“On haftayı geçmeyen gebeliklerde yapılacak rahim tahliyesinde;

- a-** gebe kadın reşitse kendisinden,
- b-** küçükse, kendisinin rızası alınmakla birlikte velisinden,

¹¹⁶ Kızıroğlu, s. 318.

¹¹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 334.

- c- vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz değilse reşit olmayan kişinin kendisinden ve vasisinden ve ayrıca sulh yargıcından izin alınması zorunludur.
- d- Kadın evli ise eşinden izin alması gerekmektedir.

NPHK'nın 6/1, c.2 ve 6/3. maddeleri ile Tüzük'ün 14. maddesine göre;

- 1- Akıl maluliyeti nedeniyle şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadının kendisinin rızası aranmaz.
- 2- Küçüklerde veliden, reşit veya mümeyyiz olmayan vesayet altındaki kişilerde ise sulh mahkemesinden izin alınması zamanı gerektiriyorsa ve derhal müdahale edilmediği takdirde yaşamı veya yaşamsal organlardan birini tehdit eden acil durum varsa, bunlardan izin alınması koşulu aranmaz.
- 3- TCK madde 99/5 gereği rıza varsa, o takdirde failin rahim tahliyesine yetkili kişi olması gerekir. Nitekim kanun koyucu, gebeliğin sonlandırılması işleminin yetkili olmayan bir kimse tarafından gerçekleştirilmesini de, 99. maddede suç olarak düzenlemiştir.

Rızanın geçerli olabilmesi için; tıbbi müdahalenin niteliği, kapsamı, önemi, yarar ve sakıncaları ile sonuçları hakkında açıklamalarda bulunularak, kişinin tıbbi müdahale hakkında karar verebilecek duruma getirilmesi gerekir¹¹⁸. Nitekim yukarıda da açıkladığımız üzere; Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine ilişkin Tüzük'e ekli izin belgesinde, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün içeriği belirtilmiştir. Hekimlerin görevleri arasında yer alan aydınlatma yükümlülüğü yeterince ve doğru şekilde yerine getirilmediği sürece, verilen rıza da geçerli ve hukuka uygun bir rıza olmayacaktır.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü hiç yahut gereği gibi yerine getirmemesi, müdahaleyi hukuka aykırı hale getireceğinden, hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu gündeme gelecektir. Hekim, öncelikle hukuka aykırı tıbbi müdahale sonucu ortaya çıkan maddi ve manevi zararları tazmin etme yükümlülüğü altına girer. Maddi zararlar kapsamında; gebeliğin sonlandırılması sebebiyle yapılan ve varsa gebelik için yapılmış

¹¹⁸ Uyumaz/Avcı, s. 614.

harcamalar, gebeliğin sonlandırılması sonucu ortaya çıkan komplikasyonlar nedeniyle kadının eski sağlığına kavuşmak için katlandığı ameliyat, tedavi, konaklama, ulaşım giderleri de dahil tüm harcamalar, oluşmuşsa çalışma gücünün kaybı ve buna bağlı olarak kazanç kaybı olduğu görülmektedir¹¹⁹. Hatta Yargıtay kararlarında, gelecekteki muhtemel zararların dahi talep edilebileceği görülmektedir. Manevi olarak büyük zarara uğradığını iddia eden taraf, manevi tazminat talebinde de bulunabilir¹²⁰.

Gebeliğin sonlandırılması devlet hastanesinde gerçekleşmiş ise, hekimin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurunun bulunduğu haller dışında, ilgili kamu hukuku tüzel kişilerine karşı, idare hukuku esasları çerçevesinde dava açılabilceği gibi, hekimin disiplin sorumluluğu da gündeme gelecektir¹²¹. Ceza sorumluluğu olarak da, hekim meydana gelen sonuca göre kasten yaralama suçundan yahut gebe kadın ölürse, taksirle öldürme suçundan dolayı cezalandırılabilir.

Aynı zamanda burada hekime gebelik süresini araştırma yükümlülüğü de getirilmiştir¹²². Nitekim kanun koyucu, on haftayı geçen gebeliklerde rızaya herhangi bir hukuki sonuç bağlamamış, dolayısıyla gebeliğin onuncu haftasından sonra fiil rızaya rağmen suç oluşturacak ve hekim kanunda öngörülen ceza ile cezalandırılacaktır.

NPHK'nın 6. maddesinin son fıkrasına göre; veli ya da sulh mahkemesinden izin almak için zaman yoksa, acil bir durum söz konusu ise izne gerek yoktur. İzin almanın mümkün olmadığı acil durumlarda ne yapılacağı konusu ise, kanunun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; derhal müdahale edilmediği takdirde, hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde, durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu

¹¹⁹ Uyumaz/Avacı, s. 626.

¹²⁰ "... kürtaj ve apandisit ameliyatları masrafları Şişli Etfal Hastanesinde yaptığı masrafları, evde iyileşme döneminde yapılan ilaç, pansuman, bakıcı masrafları ile ileride tekrar çocuk sahibi olabilmek için yapılması gerekli ameliyat ve gereğinden fazla ameliyat izi nedeniyle yapılacak estetik ameliyat masrafları toplamı 2.882.000.000 TL maddi zarar ile 2.000.000.000 TL manevi tazminatın 12.12.1996 tarihinden itibaren faizi ile davalılardan tahsilini..." Y.13.HD. T: 17.12.2002, E: 2002/11314, K: 2002/13615 (www.kazanci.com.tr).

¹²¹ Uyumaz/Avacı, s. 624-627.

¹²² Kızıroğlu, s. 167.

müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmi dört saat içinde, müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icap ettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur.

Rahim Tahliyesini Gerektiren acil haller ise; Tüzüğün 8. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; Rahim tahliyesini gerektiren acil haller şunlardır:

- a) Servikal internal os kapalı olsa bile, kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanamalar,
- b) Servikal internal osun açık olduğu haller,
- c) Uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesi.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 9. maddesinde ise; acil hallerde rahim tahliyesinin nasıl ve nerede yapılacağı ve bildirimde bulunulması gereken yerler düzenlenmiştir. Buna göre;

Acil hallerde rahim tahliyesi resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. Ancak, kadının buralara taşınması olanaksızsa, ameliye, muayenehane, ev gibi hastanın bulunduğu yerlerde de yapılabilir. Hekim, müdahaleyi yapmadan önce, olanaksızsa, müdahaleden itibaren en geç 24 saat içinde, kadının kimliğini, yapılan müdahale ile müdahaleyi gerektiren nedenleri ve sonucunu, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu raporlar, il sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerinde toplanır.

Bir diğer önemli konu da; tıbbi zorunluluk halinde, rızanın gerekli olup olmadığı hususudur. TCK'da buna ilişkin bir düzenleme olmamakla beraber, bir görüş; kadının girişimi önceden reddettiğini gösteren açık bir iradesi yoksa, rızanın şart olarak aranmaması gerektiği yönündedir¹²³. Diğer bir görüşe göre; kanunda kullanılan "rızaya dayansa bile" ifadesi, kadının rızasının yalnızca on haftaya kadar olan gebelik için önem arz ettiği, on haftanın üzerindeki gebeliklerde kanunen kadının rızasına

¹²³ Dönmez, s. 124.

hukuki bir değer tanınmadığı, dolayısıyla kadının rızası olmasa dahi tıbbi zorunluluk halinde müdahalenin yapılabileceği yönündedir¹²⁴.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5/d maddesine göre; tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz, yine Yönetmeliğin 22. maddesine göre; kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz.

NPHK'nın 6. maddesinin son fıkrasında; "derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde" izin şartı aranmayacağı belirtilmiştir. Burada bir görüş; gebe kadının bilincinin açık olmadığı durumlarda ve kadının hayatı tehlikede ise, doktorların sanat ve mesleklerinden kaynaklanan hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinden yararlanacakları ve bu haldeki gebe kadına rızası olmasızın gerçekleştirdikleri müdahalenin hukuka aykırı olmayacağı yönündedir¹²⁵.

Kanaatimizce; bu konuda tıbbi zorunluluk durumu ile acil halleri ayırarak değerlendirme yapmak gerekmektedir. NPHK'nın "Gebeliğin Sona Erdirilmesinde İzin" başlıklı 6. maddesinde; 5. maddede belirtilen müdahalenin, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin iznine bağlı olduğu belirtilmiştir. Kanunun 5. maddesi, hem on haftaya kadar olan gebeliğin rızaya dayalı olarak sonlandırılması, hem de tıbbi zorunluluk sebebiyle sonlandırılması hallerini kapsadığından, tıbbi zorunluluğun bulunduğu durumlarda da izin şartının arandığı kanaatindeyiz¹²⁶. Dolayısıyla, ortada derhal müdahale edilmesini gerektiren, gebe kadının şuurunu kaybetmesi, ölüme yol açabilecek derecede kanamasının olması gibi acil bir durum yoksa, gerek gebe kadının, gerekse yasal temsilcinin izni aranmalıdır. Eğer ki, izin alınamayacak kadar

¹²⁴ Kızıroğlu, s. 180.

¹²⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 300-301.

¹²⁶ Ateş, Zeynep, Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası, Yüksek Lisans Tezi, Kadirhas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, İstanbul 2010, s. 133.

acil bir durum söz konusu ise o takdirde, varsayılan rızanın olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Varsayılan rıza kapsamında işlenen fiiller de hukuka uygun olacağından, haksızlık ve dolayısıyla suç oluşmayacaktır.

Küçüklerde izin kimden alınması gerektiği konusu da, yine diğer konularda olduğu gibi pek çok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde, yasal temsilcisinin rızasının gerekli ve yeterli olduğu durumlarda dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük ya da kısıtlının dinlenerek, tıbbi müdahaleye katılımının sağlanması gerektiği düzenlenmiştir. Nitekim, 1994 yılında Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bürosu'nca kabul edilen Amsterdam Bildirgesi'nin "Onay" başlıklı 3. maddesinde; yasal temsilcinin onayının gerektiği hallerde, durumlarının elverdiği ölçüde çocukların da karar alma sürecine katılmaları gerektiği düzenlenmiştir.

1981 tarihli Lizbon Bildirgesi'nin "yasal ehliyeti olmayan hasta" başlıklı 5. maddesinde; Hastanın çocuk olması ya da yasal ehliyetinin olmaması durumlarında, yasal temsilcisinin onayının alınması gerektiği, bununla birlikte hastaların durumlarının izin verdiği ölçüde yine de karar alma sürecine dahil edilmeleri gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca bildirmede, yasal olarak ehliyetsiz olmakla birlikte rasyonel kararlar verebilen hastanın, verdiği karara saygı duyulması gerektiği, bu durumda hastanın yasal temsilcisine bilgi verilmesini yasaklama hakkının da olduğu belirtilmiştir.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin, "Muvafakat Verme Yeteneği Olmayan Kişilerin Korunması" başlıklı 6. maddesinde; muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişiler üzerinde tıbbi müdahalenin yalnızca onun yararına yapılabileceği belirtilmiştir. Devamında, rıza verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece yasal temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabileceği ve küçüğün yaşı, fikri ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Ana Sözleşmesi; "Rıza (Onay) Hakkı" başlıklı 4. maddesinde; onay vermek için yasal temsilcinin gerektiği tüm durumlarda, hasta ister

çocuk ister yetişkin olsun, anlayacak veya karar verecek durumda olsun olmasın, yine de verilen kararlar ile mümkün merteye ilgili olacağı yani; hastanın verilecek kararlara katılacağı düzenlenmiştir.

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde; hekimlerin ve diş hekimlerinin, her tür tıbbi müdahale öncesinde müdahalenin yapılacağı hastadan, hastanın küçük olması halinde yasal temsilcisinden onam alınması gerektiği düzenlenmiştir.

NPHK'nın 6. maddesinde de, gebe kadın küçük ise küçüğün ve yasal temsilcisinin, gebe kadın vesayet altında olup da reşit değilse kişinin kendisinin, vasinin onamı ile birlikte sulh hakiminin de izninin gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle tek başına yasal temsilcisinin izninin yeterli görülmediği ve küçüğün de rızasının arandığı açıktır.

Nitekim TMK'nın 16. maddesinde kanun koyucu, ayırt etme yeteneğine sahip küçüklere kişiye sıkı surette bağı hakları, yasal temsilcilerinin rızasına ihtiyaç olmaksızın kullanma hakkı tanımıştır. Rahim tahliyesi de kişiye sıkı surette bağı bir hak kabul edildiğinden, küçüğün rızasının alınması gerektiği açıktır.

Burada tartışmalı olan bir diğere konu; gebeliğin sonlandırılmasına karar verilmesi noktasında küçük ile yasal temsilci arasında uyumsuzluk olursa nasıl davranılacağıdır¹²⁷.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesinde; kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, o takdirde TMK'nın 272. ve 431. maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağı olduğu belirtilmiştir.

1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nin 3/6. bendinde, yasal temsilcinin onay vermeyi reddettiği hallerde, doktor veya diğere sağılık personeli girişimin hastayı ilgilendirdiği kanaatinde ise, kararın mahkeme ya da hakem heyeti gibi benzeri mercilere

¹²⁷ Tek, s. 112.

bırakılması gerektiği düzenlenilmiştir. Hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı, yasal temsilcisinin bulunmadığı ya da seçilemediği hallerde ise, hastanın isteklerinin tahmin edilerek, buna uygun önlemler alınması gerektiği düzenlenilmiştir.

1981 tarihli Lizbon Bildirgesi'nin 5/c bendinde; hekimin hasta yararına uygun gördüğü bir müdahaleyi, yasal temsilcisinin onay vermemesi durumunda, ilgili yasal yollara başvurulması gerektiği konusuna da yer verilmiştir.

Bir görüşe göre; yasal temsilcinin izni olmamasına rağmen, rahim tahliyesini talep eden küçüğün rızası yeterlidir. Çünkü; gebe küçüğün menfaati ve istenmeyen çocuğun dünyaya getirilmesi gibi durumlar önemlidir. Küçüğün rahim tahliyesine izin vermeyip anne babanın rahim tahliyesini talep etmesi halinde, anne ve babanın rahim tahliyesini istemesinde kötü niyetli olup olmadığı araştırılmalıdır¹²⁸.

Diğer bir görüş; cebir, tehdit yahut şiddet olmaksızın yaşadığı cinsel ilişkiyi, kendi rızasıyla suç olmaktan çıkaran 15 yaşındaki çocuğun, bu ilişki neticesinde hamile kalması halinde gebeliğine son verilmesi için veli veya vasinin izninin aranmasının çelişki oluşturduğu yönündedir¹²⁹.

Son olarak, gebeliğin sona erdirilmesi hususunda küçüğün ayırt etme yeteneğine sahip olması halinde verdiği rızanın yeterli olduğu, küçüğün rızası bulunmaksızın velisinin izniyle gebeliğin sonlandırılmasının, çocuk düşürtme suçunu oluşturacağı yönünde görüşler bulunmaktadır¹³⁰.

Amerika Birleşik Devletleri'nin bazı eyaletlerindeki kanunlarında, on sekiz yaşından küçükler için hem annenin hem de ebeveyninin rızasının gerektiği, küçüğün ebeveyni kürtaja rıza göstermezse, hakimin karar vermesi gerektiğine ilişkin hükümler yer almaktadır¹³¹.

¹²⁸ Tek, s. 66.

¹²⁹Doğan, Recep, Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk düşürtme ve düşürme Suçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 127,2016, s. 105.

¹³⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 297.

¹³¹ Hakeri, s. 337.

Kanaatimizce; tedavi amaçlı yapılan tıbbi müdahalelerde olduğu gibi, rahim tahliyesi işleminde de çocuğun mümkün olduğu kadar dinlenilmesi, tıbbi işleme müdahalesinin sağlanması gerekir. Burada her ne kadar küçüğün üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hakkının olduğundan bahsetsek de, küçüğün rızası alınırken rahim tahliyesi işlemini ve sonuçlarını anlayabilecek ve kaldırabilecek yetkinlik ve olgunlukta olup olmadığı hususunda gerekirse psikolojik destek de alınarak bir sonuca varılmalıdır. Tüm bu şartlar sağlandığında, küçüğün rahim tahliyesine izin vermemesine rağmen yasal temsilcisinin verdiği izinle gebeliğin sonlandırılması, TCK'nın 99/1. maddesi gereği rızasız çocuk düşürtme suçunu oluşturacaktır¹³².

Bu konuya ilişkin olarak Hekimlik Mesleği Etik Kuralları'nın 26/2. maddesine göre;

Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcisinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır.

Dolayısıyla, yasal temsilcilerin izin vermemesi, velayet hakkının kötüye kullanımını mahiyetinde ise, o takdirde sorun adli mercilere taşınacaktır.

Yargıtay kararlarında da rahim tahliye işlemi için yapılacak müdahaleden evvel, çocuğun rızasıyla birlikte velisinin izninin de alınması gerektiği belirtilmiştir¹³³.

Burada küçüğün yasal temsilcisinden kastın; kural olarak küçüğün hem annesinin hem de babasının onayı olduğu ancak basit müdahalelerde, müdahale öncesi hazır

¹³² Kitapçioğlu, s. 319.

¹³³“Dosya içerisindeki Gemlik Nüfus Başmемurluğundan verilen doğum kayıt örneğine göre 26.04.1966 doğumlu bulunan N.Y'nin rahim tahliyesi sırasında reşit bulunmadığı anlaşılmasına ve bu durumda kendisi ile birlikte velisinin izninin de alınması gerekmesine göre bu koşul yerine getirilmeden ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6'ncı ve 8'inci maddeleri hükümleri gözetilmeden hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir...” Y.8.CD. T: 26.11.1985, E: 1985/5039, K: 1985/5473 (www.kazanci.com.tr).

bulunan anne veya babaya, diğler tarafın onayının olup olmadığının sorulmasının yeterli olduğu düşünölmektedir¹³⁴.

Eşin rızasının aranıp aranmayacağı ise, son olarak incelenmesi gereken önemli bir konudur.

İngiliz Hukukunda 1967 tarihli Kürtaj Kanunu, babaya kürtajı engelleme yetkisi vermemiş, bu noktada kadının iradesi esas alınmıştır. Yine 1991 Kürtaj Düzenlemelerinde de ne babanın ne de kocanın, kadının iradesinden farklı olarak kürtajı engelleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu kapsamda annenin rızasının varlığı kürtaj için yeterlidir. Ancak bu durum sadece yasal kürtaj olayları için geçerlidir. Eğer gerçekleştirilecek olan kürtaj yasal değilse, bu takdirde babanın mahkemeye başvurma, soruşturma ve kovuşturma yapılmasını talep etme yetkisi bulunmaktadır. Ancak mahkemeler soruşturmanın savcılık makamı tarafından takip edilmesi gerektiğini, bireysel olarak takip edilemeyeceğini ifade etmektedirler. Bu da annenin ve kürtajı gerçekleştiren doktorun, kötü niyetle kovuşturulmasını engelleyen bir önlem olarak görölmektedir. Yani gebeliğin sonlandırılmasını istemeyen baba Savcılığa suç duyurusunda bulunacak, Savcılık makamı gerekli soruşturma ve kovuşturmayı yürütecektir¹³⁵.

Roma'da önceleri, çocuk düşürölmesi hoşgörö ile karşılanmış ancak, aile reisinin (Paten Familiasm) çocukları üzerinde vazgeçilmez hakimiyet hakkına sahip olduğundan bahisle, kanunlarda yalnızca babanın rızası bulunmadan yapılan gebeliğin sonlandırılması eylemleri cezalandırılmıştır. Evli olmayan kadınlar ise bu konuda tamamen serbest bırakılmıştır. Roma'nın Hıristiyan olmasından sonra bu yaklaşım değişmiş ve Hıristiyan felsefesinin etkisi ile çocuk düşürenler katil addedilerek karşılığında ölüm cezası öngörölmüştür¹³⁶.

¹³⁴ Hakeri, s. 341.

¹³⁵ Dönmez, s. 114.

¹³⁶ Yarsuvat, Duygun, Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 48, Sayı:1-4, 1982-1983, s. 452.

Bu konuda uluslararası sözleşmeler gereği hasta haklarının gizliğine önem verilmesi gerektiği, bu suretle eşin rızasının aranması bir tarafa, kadının gebeliğinin sonlandırılmasının dahi gizli kalması gerektiği görüşünde olanlar da vardır¹³⁷.

TCK'da gebeliğin sonlandırılması için eşin rızasının alınması gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada bir görüş; kadının evlenmeden önce çocuk sahibi olmak istemediğini özellikle bildirmesi ve erkeğin de bu durumu bilerek evlenmesi ihtimali dışında, çocuk sahibi olmaya karar vermiş evli bir çift açısından, rahim tahliyesi için kocanın rızasının aranması gerektiği yönündedir¹³⁸.

Diğer bir görüş; gebeliğin sonlandırılmasında gebe kadının rızasının yeterli olacağı, babanın rızasının bu konuda önemsiz olduğu ve rızanın alınmamasının çocuk düşürtme suçunu oluşturmayacağı yönündedir¹³⁹.

Yargıtay 2015 yılında vermiş olduğu bir kararında, gebe kadın evli ise eşinden izin belgesinin alınmamasının, görevi kötüye kullanma kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiştir¹⁴⁰. Ancak ne var ki yine aynı tarihte vermiş olduğu bir başka kararında, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 13/d. maddesi uyarınca kürtaj işlemi için evli kadının eşinden izin belgesi alınması gerekmekte ise de, eşin rızası alınmadan yapılan işlemde ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren bir durumun olmadığını belirtmiştir¹⁴¹.

¹³⁷ Şafak, s. 8.

¹³⁸ Tek, s. 113.

¹³⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 298.

¹⁴⁰“Dosya kapsamına göre, her ne kadar şüpheli tarafından yapılan kürtaj işleminde 5237 sayılı TCK'nun 99. maddesinin koşulları oluşmamışsa da, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun 25/11/2011 tarihli ve 10166 sayılı raporunda da belirtildiği üzere Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğü'nün 13/d. maddesi uyarınca kürtaj işlemi için evli kadının eşinden izin belgesi alınması gerektiği cihetle, söz konusu izin belgesi olmadan kürtaj işlemi yapan şüphelinin görevinin gereklerine aykırı davranıp davranmadığının tespit edilmesi ve sonucuna göre hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilerek itirazın bu yönden kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle...” Y.5.CD. T: 10.3.2015, E: 2014/11481, K: 2015/8083 (www.kazanci.com.tr).

¹⁴¹ Y.5.CD. E: 2014/11481, K: 2015/8043 “...Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğü'nün 13/d. maddesi uyarınca kürtaj işlemi için evli kadının eşinden izin belgesi alınması gerekmekte ise de, eşin rızası alınmadan yapılan işlemde ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren bir durumun olmamasına ...”

NPHK'nın 6. maddesinin birinci fıkrasında ise; 4. maddenin ikinci ve 5. maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler eşin de rızası gerekir denilmektedir. Bu düzenlemeye göre gebeliğin sona erdirilmesi halinde, müdahaleye başlanılmadan önce eşin rızası alınması gerekecektir. Kanunda eşin rızasının arandığı haller, iki müdahale ile sınırlanmıştır. Bunlar; tıbbi zorunluluğun bulunmadığı ve rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi ameliyeleridir.

NPHK'ya dayanılarak çıkartılan Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 13. maddesinde, gebe kadın evliyse eşinden rıza belgesi alınması gerektiği belirtilmiştir. Yine Tüzük'ün 15. maddesinde;

İzin belgeleri, 13. maddede sözü edilenlere, rahim tahliyesi ve sterilizasyon için başvurduklarında imzalatılır. Eşin, ya da vasinin gelmemesi halinde, bunların sterilizasyon ya da rahim tahliyesine izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli sayılır. Belgeyi getiren, imzanın sahibine ait olduğunun hukuki sorumluluğunu kabul ettiğine ilişkin bir belgeyi de imzalamak zorundadır.

denilmektedir.

Bu düzenlemeler karşısında, gebe kadının rahim tahliyesine izin vermesine rağmen eşi bu konuda izin vermiyor ise, NPHK'ya ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi Denetlenmesine ilişkin Tüzük'e aykırılık oluşturacağı aşıkardır. Ancak rızanın yokluğu halinde ne olacağı kanun ve Tüzük'te düzenlenmemiştir. Bu durumun elbette pratikte tartışmalara yol açtığı ve hekimlerin müdahalede bulunmadan evvel kendilerini baskı altında hissetmelerine sebep olacağı yahut müdahaleyi gerçekleştirilmeme taraftarı olmalarına yol açacağı açıktır.

557 sayılı Mülga NPHK'nın "Ceza Hükümleri" başlıklı 8. maddesinde, eşin rızasının alınmadığı hallerde, TCK ile diğer kanunlarda daha ağır bir ceza öngörülmemiş ise 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına çarptırılmasına yönelik düzenleme mevcuttu. Daha sonra 23/10/2008 tarih, 5728 sayılı kanunun 401. maddesi ile yapılan değişiklikle, söz konusu adli para cezası yaptırımını kaldırılmıştır¹⁴².

¹⁴² Kama, Sezen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun İşığında

Yeni kanunda böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Her ne kadar kanunda rızanın alınmaması durumunda her hangi bir yaptırım düzenlenmemiş ise de, yukarıda da belirttiğimiz üzere; bu fiil görevi kötüye kullanma suçuna vücut verecektir. Aynı zamanda rızası alınmadan eşinin gebeliğine son verilen kişi, müdahaleyi yapan kişiden manevi zararının giderilmesini isteyebileceği gibi, uğradığı zararı talep edebilir, ayrıca böyle bir durum genel boşanma sebebi olarak da görülebilir¹⁴³. Nitekim Yargıtay kararlarında eşin rızası olmaksızın gebeliğin sonlandırılması maddi-manevi tazminat istemlerine konu olmuştur¹⁴⁴.

Eşin gebeliğin sonlandırılmasına izin vermemesi halinde, TMK'nın evlilik birliğinin korunmasını düzenleyen 195/1. maddesinin uygulama alanı bulacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, "Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebilirler."

Dolayısıyla gebeliği sonlandırmaya karşı çıkan eşe karşı gebe kadın, hakim kararıyla kürtaj yaptırabilmelidir¹⁴⁵.

Evlilik birliği içinde tecavüze uğrayan kadının gebeliğinin sonlandırılması eşi tarafından istenilmezse ne yapılacağı da, ayrı bir tartışma konusudur. Bu soruyu gerçekleşmiş somut bir olay üzerinden değerlendirmek gerekirse; İzmir'in Çiğli İlçesi'nde oturan iki yıllık evli bir kadın, eşinin bir yıl boyunca kendisine şiddet uyguladığını ve eşinin tecavüzü sonucu hamile kaldığını, kürtaj yaptırmak istediğini

Çocuk Düşürtme ve Düşürme, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, Cilt: 3, Sayı: 6, 2008, s. 14.

¹⁴³ Badur, Emel, Eşin Rızası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 109, 2013, s. 298.

¹⁴⁴ "Mahkemece boşanmaya sebep olan olaylarda taraflar eşit kusurlu" kabul edilmiş ise de, davalı-karşı davacı kocanın sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlarda bulunduğu, eşini ve ailesini tehdit ettiği; davacı- karşı davalı kadının da kocasının rızası dışında kürtaj yaptırdığı ve ailesinin evlilik birliğine müdahalesine sessiz kaldığı anlaşılmaktadır. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda davalı-karşı davacı kocanın daha ziyade kusurlu olduğunun kabulü gerekirken, davacı-karşı davalı kadınla eşit kusurlu sayılması ve Türk Medeni Kanununun 174/1. ve 2. maddesi koşulları kadın lehine olduğu halde, davacı-karşılık davalının maddi ve manevi tazminat isteklerinin reddedilmesi doğru bulunmamıştır..." Y.2.HD. T: 10.09.2012, E: 2012/14258, K: 2012/20616 (www.kazanci.com.tr).

¹⁴⁵ Ertuğrul, s. 369.

ancak, eşinin buna rıza göstermediğini belirterek devletten kürtaj için yardım istemiştir¹⁴⁶.

Böyle bir durumda öncelikle gebeliğin tecavüz sonucu oluşup oluşmadığının kesin olarak tespit edilmesi gerekmektedir. Nitekim TCK'da tecavüz sonucu gebelikler yirmi haftaya kadar sonlandırılabilir.

Kadının aile içinde tecavüze uğradığı da ancak mahkeme kararına bağlı olarak kesinleşebilir. Böyle bir durumda, kadının gebeliğinin sonlandırılmasının kocasının rızasına bağlı tutulması, "kimsenin kendi haksız fiilinden hak elde edemeyeceği" prensibi ile uyumadığından, kocanın tecavüzü sonucu hamile kalan kadının gebeliğini, izne bağlı kalmaksızın sonlandırabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır¹⁴⁷.

Kanaatimizce; kadın evlilik birliği içinde yahut dışında bir erkeğin tecavüzü sonucu hamile kalır ve gebeliğini sonlandırmak isterse, eşin rızasının alınması hükmünün burada uygulanmaması gerekir. Nitekim TCK'nın buna ilişkin düzenlemesine bakıldığında, kadın evli olsun veya olmasın suç mağduruysa, sadece kendisinin rızası kürtaj için yeterli görülmektedir. Yani evliyse kocasının rızası aranacak diye bir şart getirilmemiş ve kadın için bu maddede özel bir mazeret sebebi kabul edilmiştir¹⁴⁸. Aynı şekilde NPHK'da da eşin rızasının arandığı haller yalnızca, on haftaya kadar gebeliğin gebe kadının rızasına dayalı olarak sonlandırıldığı hallerle sınırlı tutulmuştur. Dolayısıyla gerek TCK gerekse NPHK, suç sonucu gebeliklerde eşin rızasını aramamaktadır.

¹⁴⁶ <http://www.haber3.com/kurtajla-bebegi-alin-yoksa..-807697h.htm> (Son Erişim: 05.12.2015).

¹⁴⁷ Tek, s.114.

¹⁴⁸ Yaşar, Mert, Cinsel Saldırı Halinde Kürtaj Yasa Tasarısı Üzerine Ölçütler, Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli, İstanbul 2012, s. 240.

3.2.4. Suçun Nitelikli Halleri

3.2.4.1. Genel Olarak

Nitelikli haller, kanun koyucu tarafından temel suç tipine eklenen bazı unsurlarla, o suçun daha ağır veya daha hafif cezalandırılmasını gerektiren unsurlardır. Temel suç tipinin cezasını ağırlaştırıran veya hafifleten bu haller, failin veya mağdurun sıfatından, fail ile mağdur arasındaki ilişkiden, suçun konusuna ait bir özellikten, fiilin işlendiği yer veya zamandan yahut fiilin işleniş şekline kaynaklanabilir. Suçun nitelikli halleri, failin kastının kapsamında olması gerekir. Yani fail somut olayda nitelikli halin varlığını bilmiyor ve gerçekleşmesine yönelik olarak fiilini icra etmiyorsa, cezasının ağırlaştırılması söz konusu olamaz¹⁴⁹.

765 sayılı Ceza Kanunu'nda, çocuk düşürtme suçunun failinin koca olması, cezada arttırım yapılmasını gerektiren bir nitelikli hal kabul edilmiş ancak, yürürlükteki TCK'da bu düzenleme kaldırılmıştır.

Çocuk düşürtme suçunun nitelikli hali; TCK'nın 99. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Kanunda bu suç açısından daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin varlığı kabul edilmemiştir. Bu sebeple aşağıda inceleyeceğimiz nitelikli hal, çocuk düşürtme suçunu işleyen failin daha ağır cezalandırılmasını gerektiren nitelikli haldir. Kanunda nitelikli halin gerçekleşmesi halinde failin cezasının yarı oranında arttırılacağı hükme bağlanmıştır. Yine yukarıda da belirttiğimiz üzere, fail hakkında cezayı ağırlaştırıran nitelikli halin uygulanabilmesi için, kastın kapsamında olması şarttır.

3.2.4.2. Ceninin Yetkili Olmayan Bir Kişi Tarafından Düşürtülmesi

Kanunun 99. maddesinin 5. fıkrasına göre; çocuk düşürtme fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi, suçun nitelikli halini oluşturacak ve failin cezası yarı oranında arttırılacaktır. Böyle bir düzenleme getirilmesindeki amacın; gebeliği sonlandırma konusunda yetki ve uzmanlığı olmayan kişilerce gerçekleştirilen fiillerin, özellikle annenin sağlığını ve yaşamını tehlikeye düşürmesi olduğunu düşünmekteyiz.

¹⁴⁹ Koca/Üzülmez, s. 134-138.

Kanunda her ne kadar fiilin yetkisiz kimseler tarafından gerçekleştirilmesi, cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmiş olsa da, yetkisiz kimse kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda madde gerekçesinde bir açıklamaya yer verilmemiştir. Yetkili kişi kavramı, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te açıklanmıştır.

Tüzüğün 3/2. maddesine göre; rahim tahliyesi kadın hastalıkları ve doğum uzmanları tarafından yapılabilir. Ancak Bakanlık tarafından açılan eğitim merkezlerinde kurs gören pratisyen hekimler de, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilir.

Bunlar dışında kalan ve dolayısıyla kadın-doğum alanı dışında çalışan hekimler ise, bu suç açısından yetkili olmayan kişi kavramına girecek ve cezaları artırılabilecektir. Yine yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda, yetkili/yetkisiz hekim dışında kalan kişiler tarafından gerçekleştirilecek cenini düşürme eylemleri bu madde kapsamında değil, TCK. madde 87/2-e kapsamında değerlendirilecektir.

Fail fiilini gerçekleştirirken, hukuken kendisinde bu yetkinin bulunmadığını bilmelidir. Şayet fail yetkisiz olduğunu bilmiyorsa, o takdirde cezanın ağırlaştırılması söz konusu olmayacaktır¹⁵⁰.

3.2.5. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri

3.2.5.1. Genel Açıklamalar

Netice sebebi ile ağırlaşmış suç; TCK'nın 23. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye bakıldığında, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kasten işlenen bir temel suç tipinin varlığı ve bu temel suç tipinin, öngörülenin dışında ağır bir neticeye veya başka bir neticeye sebebiyet vermesi gerekir. Son olarak da, meydana gelen ağır veya başka netice açısından failin en azından taksir derecesinde kusuru bulunmalıdır.

¹⁵⁰ Koca/Üzülmez, s. 253.

Rızasız çocuk düşürtme suçu için, kanunun 99. maddesinin 3. fıkrasında neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller sayılmıştır. Bunlar; fiilin kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına yahut ölümüne yol açmasıdır.

3.2.5.2. TCK'nın 99. Maddesinin Üçüncü Fıkrasında Sayılan Ağır Neticeler

3.2.5.2.1. Fiilin Kadının Beden veya Ruh Sağlığı Bakımından Bir Zarara Uğramasına Yol Açması

Failin fiilinin, kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına yol açması, çocuk düşürtme suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak düzenlenmiştir. Yine TCK'nın neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin düzenlemesi uyarınca, meydana gelen ağır netice bakımından sorumluluk için, failin en azından taksir derecesinde kusuru bulunmalıdır.

Yargıtay'ın yerleşik içtihadı ile de sabit olduğu üzere; kadının beden ve ruh sağlığının bozulması halinde, ortada bağımsız ve müstakil ceza belirlenmesini gerektiren bir suç bulunmayıp, suçun temel şekline nazaran cezanın daha ağır belirlenmesini gerektiren bir artırım nedeni söz konusudur. Kanunda beden veya ruh sağlığının bozulması kavramlarının tanımına yer verilmemiş olup kanun koyucu mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halini suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak öngörmüş ve bu kavramın her somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesini ise uygulamaya bırakmıştır. Beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı konusu, mağdurların yaşı, bedensel gelişim derecesi, ruhsal, sosyal ve kültürel yapılarına göre değişiklik arz ettiğinden, söz konusu durumun her somut olayda uzmanların raporlarıyla ortaya konulması gerekmektedir.¹⁵¹

Ruh sağlığının bozulması konusu, özellikle cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin düzenlendiği TCK madde 102/5'in uygulanması aşamasında, oldukça tartışmalara yol açan bir konu olmuştur. Yargıtay kararlarında ruh sağlığındaki bozulmanın kalıcı olması gerektiği hususunun özellikle altı çizilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2010 tarihinde verdiği bir kararında; Mağdurun ruh veya

¹⁵¹ YCGK. T: 04.03.2014, E: 2013/14-731, K: 2014/114 (www.kazanci.com.tr).

beden sağlığının bozulmasının artırım nedeni olabilmesi için, kalıcı bir hasarın varlığı gerektiği, kalıcı hasarın varlığının da doktor raporu ile belirleneceđini¹⁵² belirterek, ruh sağlığının bozulduğunun tespiti için, kalıcılık şartının gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir. Kalıcılık unsurunun gerçekleşmesi ise yine Yargıtay kararlarında çocuklar için olaydan itibaren en az altı ay, erişkinler için en az on iki ay sonrası olarak kabul görmektedir¹⁵³. Kalıcılığın tespitinde sadece olayın üzerinden belli bir sürenin geçmesi değil, aynı zamanda bu süreç içinde mağdurun ruhsal açıdan gerekli tedavisinin de yapılması ancak, ruhsal bozukluğun devam etmesi gerektiği düşünölmektedir¹⁵⁴.

Belirtmek gerekir ki; ister rızaya dayalı, isterse gebe kadının rızasına karşı yapılmış olsun, çocuk düşürtme eylemi neticesinde gebe kadının az ya da çok bedenen ve ruhen zarara uğraması muhtemeldir. Nitekim vücuda bir müdahale gerçekleştirilmekte ve bu müdahale sonucu ceninin yaşamaına son verilerek, hem annenin bir takım ağrılar çekmesi hem de ruhen yaralanması sonuçları doğmaktadır. Bu durumda failin cezasının arttırılabilmesi için meydana gelecek ağır neticenin, müdahalenin neden olacağından daha ciddi sağlık bozukluklarına yol açması gerekmektedir¹⁵⁵.

Kadının ruh sağlığı bakımından zarara uğrayıp uğramadığı da Yargıtay kararları ile de sabit olduğu üzere; Adli Tıp Kurumunun ilgili ihtisas dairesinden alınan raporla tespit edilecektir¹⁵⁶.

¹⁵² YCGK. T: 21.12.2010, E: 2010/5-256, K: 2010/269 (www.kazanci.com.tr).

¹⁵³ "Mağdurenin ruh sağlığındaki bozulmanın cezada artırım nedeni olabilmesi için eylem sonucunda mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin tespit, onsekiz yaş altındaki çocuklarda suç tarihinden itibaren en az altı ay, erişkinlerde ise en az oniki ay geçtikten sonra Yüksek Öğrenim Kurumları veya birimlerine bağlı hastanelerden rapor alınarak yapılması gerektiği gözetilmelidir. Dokuz haftalık gebe olan mağdure hakkında altı aylık süreden önce yapılan muayeneye istinaden düzenlenen rapora dayanılarak verilen cezanın arttırılması isabetsizdir..." Y.14.CD. T: 09.11.2015, E: 2015/5913, K: 2015/10343 (www.kazanci.com.tr).

¹⁵⁴ Kaya, Ahsen/Aktaş, Ekin Özgü, Yüksek Yargı Kararları Işığında Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı, Türk Psikiyatri Dergisi, Cilt: 24, 2013, s. 4.

¹⁵⁵ Kitapçıoğlu, s. 310.

¹⁵⁶ "5237 sayılı yasanın 102/5. Maddesinin uygulama olasılığı nazara alınarak kızlığı bozulan mağdurenin suçun sonunda beden ve ruh sağlığında bozulma olup olmadığının Adli Tıp Kurumunun ilgili ihtisas Dairesinden görüş alınarak saptanması gereğinin gözetilmemesi..." Y.5.CD. T: 10.04.2006, E: 2006/2706, K: 2006/3034 (www.kazanci.com.tr).

6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 58. maddesiyle; TCK madde 102/5'de yer alan "Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur." düzenlemesi yürürlükten kaldırılmıştır. Böylelikle, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmuş olması, bu suç için ağırlaştırılmış hal olmaktan çıkarılmıştır. Hükümet Tasarısının değişiklik gerekçesinde;

Maddenin beşinci fıkrasında yer alan "suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı"na dair suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali, bu suç mağdurlarının defalarca hastaneye veya Adli Tıp Kurumuna gitmelerine, buralarda müşahedeye tabi tutulmalarına ve maruz kaldıkları fiili tekrar tekrar yaşamalarına neden olmaktadır. Esasen, akademik çevrelerde bu suçlara maruz kalanların ruh sağlığının mutlaka bozulmuş olduğu kabul edilmekte ve ruh sağlığının bozulması kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda da tam bir mutabakat bulunmamaktadır. Yapılan değişiklikte söz konusu arttırım nedeninin kaldırılması, buna karşılık maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen cezaların arttırılması öngörülmektedir. Bu düzenlemeyle, şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmaması amaçlanmaktadır.

denilmiştir.

Öğretide, cinsel saldırı sonucu mağdurların aylar ve hatta yıllar sonra beden ve ruh sağlıklarının tespitleri için Adli Tıp Kurumu'na gönderildikleri, bu rapor gelinceye kadar failerin tutuklu kaldıkları, bu raporların mağdurların beden veya ruh sağlığının bozulduğu yönünde gelmesi halinde sanıklara verilecek cezada ciddi artırımlara gidildiği, uzun zaman sonrasında mağdurun anlattıklarına ve tıbbi inceleme sırasında ortaya koyduğu görüntü, hal ve hareketlere bağlı olarak sübjektif düzenlenen raporların isabetli olmadığı, adaleti geciktirdiği ve vicdanları yaraladığı savunulmuştur¹⁵⁷.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere; özellikle rızasız çocuk düşürtme suçunda gerçekleştirilen fiil neticesinde, mağdurun beden ve ruh sağlığı bakımından bir zarara uğrayacağı aşikardır. Dolayısıyla tıpkı cinsel saldırı suçunda olduğu gibi çocuk

¹⁴⁸ Şen, Ersan, 6545 Sayılı Kanununla Değiştirilen Ceza Hükümleri 1, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1177054-6545-sayili-kanunla-degistirilen-ceza-hukumleri-1> (Son Erişim: 24.11.2016).

düşürtme suçu açısından da, bu ağırlaştırılmış halin kanundan çıkarılması gerekmektedir.

Çocuk düşürtme suçu açısından kadının beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığını tespit edecek olan Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulları ile bunlar dışındaki sağlık kuruluşlarının hazırladıkları raporlar arasında çelişki var ise, 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 15/f maddesi gereği Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'ndan görüş alınacaktır¹⁵⁸.

3.2.5.2.2. Fiilin Kadının Ölümüne Yol Açması

Çocuk düşürtme suçu sonucu gebe kadının ölümüne yol açılması hali, suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali olarak düzenlenmiştir. Yapılan müdahale kadının ölümüne yol açarsa, faile verilecek ceza arttırılacaktır. Yine failin bu neticeden sorumlu tutulabilmesi için; TCK madde 23 gereği ağır netice bakımından taksir derecesinde kusuru bulunmalıdır. Nitekim burada, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşan bir suç vardır ve gebe kadının ölüm neticesi bakımından failin yalnızca taksiri bulunmadır¹⁵⁹. Failin amacı çocuk düşürtmek değil de zaten kadını öldürmek ise, yukarıda da belirttiğimiz gibi bu maddeden değil, kasten öldürme suçunun düzenlendiği TCK madde 81'den dolayı sorumluluk gündeme gelecektir.

Belirtmek gerekir ki; onuncu haftası doluncaya kadar gebeliğin annenin rızası ile sonlandırılmasına rağmen ölüm neticesi meydana gelir yahut gebe kadının sağlığı bozulursa, o takdirde bu suç oluşmayacağından taksirle yaralama yahut taksirle öldürme suçlarından sorumluluk gündeme gelecektir¹⁶⁰. Nitekim onuncu haftaya kadar gebeliğin sonlandırılması, kanun koyucu tarafından herhangi bir yaptırıma bağlanmamıştır.

¹⁵⁸ "Dokuz Eylül Üniversitesi Çocuk Psikiyatrisi Anabilim Dalı Başkanlığı'nca düzenlenen 01/10/2007 günlü raporda olay nedeniyle mağdurun ruh sağlığının bozulduğu belirtilmesine rağmen, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu'nca 28/05/2008 tarihinde ruh sağlığının bozulmadığı yönünde tespitle bulunulduğu ve raporlar aarsında çelişki olduğu nazara alınarak Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'ndan görüş sorulup sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi..." Y.5.CD. T: 27/04/2009 E: 2009/2416 K: 2009/4878 (www.kazanci.com.tr).

¹⁵⁹ Koca/Üzülmez, s. 238.

¹⁶⁰ Kama, s. 14.

3.2.6. Kusurluluğu Etkileyen Haller

“Kusursuz ceza olmaz” ilkesi gereği, ceza sorumluluğu için kusurun varlığı şarttır. Kusur; fail hakkında yapılan kişisel kınama yargısını ifade etmektedir. Bu kınanabilirlik ise failin, hukuka ve yasalara uygun hareket edebilecek durumda olmasına rağmen, hukuka aykırı davranışı seçmesinden kaynaklanmaktadır¹⁶¹. Bazı şartların gerçekleşmesi halinde ise failin kusurluluğu ya tamamen ortadan kalkacak yahut kusurluluğu azalacaktır.

Rızasız çocuk düşürtme suçu kusurluluğu etkileyen haller bakımından bir özellik göstermemektedir. Bu kapsamda TCK’da kusurluluğu etkileyen haller olarak düzenlenen zorunluluk hali, cebir ve tehdit dolayısıyla irade yeteneğinin etkilenmesi, haksız tahrik, haksızlık yanılığı gibi durumların, somut olayda şartlarının gerçekleşmesi halinde, faile ceza verilmeyecek yahut cezasında indirimine gidilecektir.

Örneğin; gebe kadının eşinin uygulamış olduğu ağır ve karşı konulamaz nitelikteki tehdit ve zorlaması sonucu, cenini kürtaj yolu ile düşürten doktorun, başka türlü davranabilme şansı olmadığından ötürü, kusurunun bulunmadığı kanaatine varılacaktır.

3.2.7. Kastı Kaldıran ve Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri

Hata bir diğer deyişle yanılma; failin tasavvur ettiği durum ile gerçeğin birbirine uymaması durumudur¹⁶². Hata, TCK’nın 30. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenlemede ikili bir ayrıma gidilerek kastı kaldıran hata ve kusurluluğu etkileyen/kaldıran hata hallerine yer verilmiştir.

TCK’nın 30. maddesinin 4. fıkrasına göre; “işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz.” denilerek, haksızlık yanılığı yani kusurluluğu kaldıran hata hali düzenlenmiştir. Haksızlık yanılığı; kişinin işlediği fiile, hukuk düzenince izin verilmediğini ve fiilin yasaklandığını

¹⁶¹ Koca/Üzülmez, s. 299.

¹⁶² Değirmenci, Olgun, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 110, 2014, s. 129.

bilmemesidir¹⁶³. Bu yanılığ türü; failin davranışını yasaklayan hukuk normunu bilmemesinden, yanlış yorumlamasından kaynaklanabileceği gibi, işlemiş olduğu fiili hukuka uygun hale getiren bir sebebin bulunduğunu düşünmesinden de kaynaklanabilir. Tüm bu hata halleri kaçınılamaz olduğu takdirde, fail kusurlu sayılmayacağından ceza verilmeyecektir. Örneğin; on haftadan fazla gebeliğin sonlandırılmasının, TCK anlamında yasak olduğunu bilmeyen bir kişinin, bu hatası eğer kaçınılmaz kabul edilirse ceza verilmeyecek, hata kaçınılabılır nitelikteyse failin kusurluluğu ortadan kalkmayacağından, kasten işlenen suçtan dolayı ceza sorumluluğu devam edecektir¹⁶⁴.

Suçun kanuni tanımında yer alan ve fiili tipe uygun hale getiren unsurlarda hata ise, suçun maddi unsurlarında hatayı oluşturmaktadır ve bu halde kast ortadan kalkacaktır¹⁶⁵. Bu hata hali, failin tasavvuru ve zihninden geçirdikleri gerçeğe uygun olsaydı, işlediği fiil suç teşkil etmeyecekti diyebileceğimiz durumlarda karşımıza çıkmaktadır¹⁶⁶.

Kanun koyucu TCK madde 30/1'de, taksirli sorumluluk halini saklı tutarak, suçun maddi unsurlarında hataya düşen kişinin kastının ortadan kalkacağını düzenlemiştir. Yani fail gerekli dikkat ve özeni gösterseydi, suçun maddi unsurlarında hataya düşmeyecek idiyse, o takdirde failin taksirli sorumluluğu gündeme gelecektir. Örneğin; fail gebe olan bir kadına, gebeliği önleyici bir takım ilaçlar vererek çocuğunun düşürülmesine yol açarsa, suçun maddi unsurlarında hataya düşmüş kabul edileceğinden, kastı ortadan kalkacaktır. Gerekli dikkat ve özeni gösterseydi kadının gebe olduğunu bilecekti denilirse, o takdirde taksirli sorumluluk gündeme gelecekti ancak, TCK'da çocuk düşürtmenin taksirli şekli suç olarak düzenlenmediğinden fail cezalandırılmayacaktır. Gerçekleştirmiş olduğu fiil aynı zamanda kadına karşı kasten yahut taksirle yaralama suçunu oluşturacağından, ancak bu suç dolayısıyla fail sorumlu tutulabilecektir.

¹⁶³ Değirmenci, s. 145.

¹⁶⁴ Koca/Üzülmez, s. 354-357.

¹⁶⁵ Değirmenci, s. 148-149.

¹⁶⁶ Koca/Üzülmez, s. 248.

Hekim on haftayı geçen gebeliklerde, tıbbi zorunluluğun bulunduğu konusunda da hataya düşmüş olabilir. Bu gibi hata halinde, failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağına tespiti, tıbbi zorunluluğun hukuki mahiyeti ile ilgilidir. Bir görüş; tıbbi zorunluluğun hukuka uygunluk sebebi olduğunu savunmaktadır. Tıbbi zorunluluğun bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi halinde, kastın kapsamında yer aldığından, TCK madde 30/1 kapsamında değerlendirilmesi gerekmekte olup, bu şartlara ilişkin hata kastı ortadan kaldıracığından, hatanın kaçınılmaz olup olmadığına bakılmaksızın fail bu suçtan dolayı cezalandırılmayacaktır¹⁶⁷. Çalışmamızın ilerleyen aşamalarında da ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere; tıbbi zorunluluk kusurluluğu kaldıran bir hal olduğundan, TCK madde 30/3 kapsamında değerlendirilecek ve dolayısıyla tıbbi zorunluluk koşulunun gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen hekim, bu hatasından yararlanacaktır¹⁶⁸.

Rıza eğer ki tipiklik unsuru olarak kabul edilirse, fail mağdurun rızası bulunmasına rağmen bunu bilmeyerek rahim tahliyesi işlemini yapıyorsa, o takdirde kastı bulunmadığından ve bu suçun da taksirle işlenen şekli cezalandırılmadığından faile ceza verilmeyecektir. Ancak eğer ki rızayı bir hukuka uygunluk sebebi kabul ederse, ilgilinin rızası bulunmasına rağmen hekimin bundan haberi olmaksızın gerçekleştirdiği fiil neticesinde cenin düşerse, o takdirde hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsuru (rızanın varlığının bilincinde olması) eksik olduğundan, fail teşebbüsten dolayı cezalandırılacaktır¹⁶⁹. Yukarıdaki açıklamalarımız ile de sabit olduğu üzere, rızayı çocuk düşürtme suçu açısından tipikliğin bir unsuru olarak kabul etmemizden ötürü, gebelik onuncu haftasını doldurmamış ve yetkili hekim, gebe kadının rızası olduğunu düşünerek gerçekleştirdiği müdahale ile gebeliği sonlandırırsa, rıza konusunda düşmüş olduğu bu hata sebebi ile çocuk düşürtme suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır.

¹⁶⁷ Koca/Üzülmez, s. 293.

¹⁶⁸ Koca/Üzülmez, s. 357.

¹⁶⁹ Koca/Üzülmez, s. 282.

3.2.8. Teşebbüs

Suçta teşebbüs TCK'nın 35. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; kişi işlemeyi kastettiği suçu elverişli hareketlerle doğrudan icraya başlayıp da, elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı cezalandırılır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, suçta teşebbüs için öncelikle kasten işlenebilen bir suçun varlığı, bu suçun icrasına elverişli hareketlerle başlanması, ancak icra hareketlerinin tamamlanamaması yahut neticenin gerçekleştirilememesi gerekir. Rızasız çocuk düşürtme suçunda da gebeliği sona erdirmeye yönelik elverişli hareketler ile suçun icrasına başlandığında teşebbüs aşamasının başlangıcından bahsedilebilecektir.

Teşebbüsten bahsedilebilmesi için, icra hareketleri ve hazırlık hareketlerinin birbirinden net ayırt edilmesi gerekir. Nitekim hazırlık hareketleri TCK'da ayrıca belirtilenlerin dışında tek başına cezalandırmak için yeterli değildir. Kişi hazırlık hareketi niteliğindeki bu fiillerinden dolayı sorumlu tutulamaz. Ancak müdahaleye başlanır da başarısız olunursa ve bu fiilin neticesinde ceninin ölümü gerçekleşmez ise, faile teşebbüsten dolayı ceza verilecektir. Gebe kadının ameliyat masasına alınması, kadının soyulması, yüzüne narkoz maskesinin geçirilmesi gibi fiiller icra hareketleri olarak kabul edilmektedir¹⁷⁰. Bununla beraber kadının ceninin düşürtülmesi için yaptığı anlaşma, hastaneye yatması hazırlık hareketleri olarak görülmektedir¹⁷¹.

Yargıtay 1954 tarihli bir kararında; gebe kadının ameliyat odasına alınmasını, hekim ve yardımcılarının ameliyathanede hazır bekleyerek mağdurenin soyulmasını, ameliyat masasına yatırılıp yüzüne narkoz geçirilmesini icra hareketleri olarak nitelendirmiştir. Yine aynı kararda anlaşma ve ücret ödenmesini ise hazırlık hareketleri olarak nitelendirmiştir¹⁷².

Hazırlık hareketleri niteliğindeki fiiller ise, NPHK'nın 7. maddesinde bağımsız suçlar olarak düzenlenmiştir. Buna göre; Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca, bu kanunun

¹⁷⁰ Topaç, s. 187.

¹⁷¹ Hakeri, s. 709.

¹⁷² Can, s. 93, Y.1.CD. T: 16.07.1954, E: 1954/1106, K: 1954/1202.

3. maddesine göre gebeliği önleyici nitelikte oldukları kabul edilmeyen ilaç ve ilaçları, yurt içinde imal edenler veya her ne suretle olursa olsun dağıtanlar veya ticaret maksadıyla yurda sokanlar veya bu maksatla bulunduranlar cezalandırılacaktır. Maddenin devamında bu ilaç ve araçların müsadere edileceği ve imalathanelerin kapatılacağı da düzenlenmiştir¹⁷³.

Hekimin çocuğun düşürülmesi için tüm icra hareketlerini tamamladığı, ancak kadının rahminin delinmesi sebebi ile hastaneye kaldırıldığı ve çocuğun ölü olarak doğduğu bir olayda, Yargıtay eylemin teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmiştir¹⁷⁴. Belirtmek gerekir ki; karara konu olayda, fail tarafından gerçekleştirilen fiil neticesinde cenin düşmüş ve suç oluşmuştur. Somut olayda, nedensel sürecin fail tarafından öngörülen şekilden farklı bir şekilde gerçekleşmesi, ancak yine de istenen neticenin meydana gelmesi hali söz konusudur. Nedenselliğin gerçekleşme şekline ilişkin önemsiz sapmalar, esaslı bir hata kabul edilmeyeceğinden, kastın varlığını da etkilemez. Dolayısıyla, failin sorumluluğu da ortadan kalkmayacaktır. Fail ceninin düşmesi neticesini gerçekleştirmek için hareket ettiğinden, başlangıçtaki kastın neticeyi kapsadığı kabul edilir¹⁷⁵. Sonuç olarak Yargıtay kararının aksine, somut olayda failin çocuk düşürtme suçundan dolayı cezalandırılması gerekirdi.

Teşebbüs konusunu incelerken burada gönüllü vazgeçme konusuna da değinmekte fayda olduğunu düşünmekteyiz. Gönüllü vazgeçme; bir suçun icra hareketlerine başlayan failin, bu icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi ya da icra hareketlerini tamamlasa bile, neticenin gerçekleşmesini önlemesi ve bu nedenle icrasına başladığı suçtan dolayı cezalandırılmamasıdır¹⁷⁶.

Burada yine icra hareketleri ile hazırlık hareketlerinin birbirinden net ayırt edilmesi gerektiği aşıkardır. Kanun aynı zamanda vazgeçmenin iradi yani; gönüllü olmasını da

¹⁷³ Dönmez, s. 126.

¹⁷⁴ Bolat, Arslan, Çocuk Düşürtme Suçu, <http://arslanbolat.av.tr/cocuk-dusurtme-sucu/> (Son Erişim 13.04.2015), Y. 8. CD. 18.02.1988 K. 1988/837 E. 1988/1919 K.

¹⁷⁵ Kaşıkara, M. Serhat, Türk Ceza Hukukunda Şahista Hata ve Hedefte Sapma,TAAD, Sayı: 2, Yıl: 1, 2010, s. 360-361.

¹⁷⁶ Akdağ, Hale, Gönüllü Vazgeçme, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2013, s. 92.

aradığından, elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerini tamamlayamayan fail teşebbüsten dolayı cezalandırılacaktır.

Örneğin; gebe kadının ameliyat masasına yatırılarak narkozla uyutulmasından sonra, hekim kendi çocuklarının da olması sebebiyle duyduğu pişmanlık neticesinde fiiline son verirse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır.

3.2.9. İştirak

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, çocuk düşürtme suçunun faili; rahim tahliyesine yetkili yahut yetkisiz hekimdir. Dolayısıyla bu suç özgü suçlar arasında yer aldığından, suça iştirak eden diğer kişilerin müşterek fail olması mümkün değildir. Bu kişiler TCK madde 40/2 gereği, yardım eden yahut azmettiren sıfatıyla işlenen suçtan sorumlu olacaklardır.

Hekim dışındaki kişiler, çocuk düşürtme suçunun işlenişine katılırlarsa o takdirde hekim, TCK madde 99 anlamında çocuk düşürtme suçunun faili, diğer kişi ise bu suçun yardım eden yahut azmettiren sıfatıyla şeriki olacaktır. Eğer hekim olmayan kişi, fiilin icrasını hekimle beraber gerçekleştirir ve fiil üzerinde hakimiyet kurarsa, o takdirde hem TCK'nın 87-2,e maddesinde yazılı suçun faili, hem de hekimin TCK madde 99 kapsamında işlediği çocuk düşürtme suçuna yardım eden olarak şerik sıfatını kazanacaktır. Bu durumda failliğin şerikliğe önceliği kuralı gereği, hekim olmayan kişiyi sadece TCK madde 87/2,'eden dolayı fail sıfatıyla sorumlu tutmak gerekecektir¹⁷⁷.

Mülga 765 sayılı Ceza Kanunu'nun 469/2. maddesi, çocuk düşürmeye yarayacak vasıta tedarik etmek sureti ile çocuk düşürmeye tahriki düzenlemiştir. Böylelikle Mülga Ceza Kanununda vasıta tedariki suretiyle çocuk düşürtmeye iştirake ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Yine 470/3. maddesinde, rahim tahliye etme yetkisi olmayan bir kimsenin, gebe sanılan bir kadına çocuğunu düşürtmek için ilaç, gereç

¹⁷⁷ Koca, Kısırlaştırma Suçu, s. 54.

tedarik etmesinin, adam öldürme ve şahıslara karşı müessir fiili cezalandıran 452 ve 456. maddeler uyarınca cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'da buna ilişkin açık bir düzenleme yer almamakla birlikte, yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda, faile ilaç, gereç ve vasıta tedarik eden kişinin, çocuk düşürtme suçuna yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulacağı aşikardır.

Yargıtay 2012 yılında vermiş olduğu bir kararında, gebeliğin sonlandırılması için kadını ebeye götürerek ücretini veren babanın, çocuk düşürtme suçuna yardım eden sıfatıyla cezalandırılacağına hükmetmiştir¹⁷⁸.

Burada dolaylı faillik konusuna da değinmek gerekir. Bilindiği üzere; bir suçun bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle işlenmesi halinde, TCK madde 37/2 uyarınca dolaylı faillik söz konusu olacaktır. Bu hallerde dolaylı fail, fiil üzerinde hakimiyet kurarak, aracı kişiyi suç işlemeye sevk etmektedir¹⁷⁹. Burada bir görüş; dolaylı failliğin çocuk düşürtme suçuna da uygulanabileceği, hekim tarafından bir akıl hastasına gebe kadını dövdürerek yahut ona ilaç enjekte ettirerek çocuğun düşmesine yol açılması halinde, dolaylı faillikten bahsedilebileceği yönündedir¹⁸⁰. Belirtmek gerekirken, özgü suçlar bizzat işlenebilen yani, suçun kanuni tanımında yer olan hareketin sadece failin kendi bedensel davranışıyla gerçekleştirebildiği suçlardır. Bizzat işlenebilen suçlarda fail, kanuni tanımda öngörülen hareketi bizzat gerçekleştirmek zorunda olduğundan, bu suçlarda dolaylı faillik söz konusu olamaz¹⁸¹. Dolayısıyla çocuk düşürtme suçu da özgü suçlar arasında yer aldığından, dolaylı faillik kavramının bu suça uygulanması mümkün değildir.

¹⁷⁸ "Saniğin cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin gebeliğinin on haftayı doldurmadığını bildiği halde çocuğun alınması konusunda yetkili olmayan ebeye götürmek ve ücretini vermek suretiyle çocuk düşürtme suçuna TCK'nın 39/2-c maddesinde öngörüldüğü şekilde yardımda bulunduğu gözetilmelidir..." Y.14.CD. T: 10.12.2012 E: 2011/5612 K: 2012/12703 (www.kazanci.com.tr).

¹⁷⁹ Koca/Üzülmez, s. 443-444.

¹⁸⁰ Topaç, s. 189.

¹⁸¹ Akbulut, Berrin, Bağlılık Kuralı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1, 2010, s. 188.

3.2.10. İçtima

Öğretide bazı görüşler, çocuk düşürtmek için gerçekleştirilen fiillerin, gebe kadın açısından aynı zamanda kasten yaralama fiilini oluşturduğu, ancak faili ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı sorumlu tutmadığımızdan, iki suç arasında fikri içtimanın varlığının kabul edilmesi gerektiği yönündedir¹⁸². Kanaatimizce bu iki suç arasında, özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin varlığını kabul etmek ve bu sebeple kasten yaralama suçuna göre, özel hüküm niteliğinde bulunan çocuk düşürtme suçundan dolayı faili sorumlu tuttuğumuzu belirtmek, daha doğru bir yaklaşım olacaktır¹⁸³.

Zincirleme suç hükümlerinin, çocuk düşürtme suçuna uygulanıp uygulanamayacağı noktasında bir görüş, suçun mağduruna göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bu görüşe göre; suçun mağdurunu cenin olarak kabul edersek, o takdirde zincirleme suç tanımında aynı suçun aynı kişiye karşı birden fazla işlenmesi söz konusu olduğundan, cenin de kişi olmadığından, zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Suçun mağdurunu gebe kadın kabul edersek, zincirleme suç hükümlerini uygulama imkanı olacaktır¹⁸⁴.

Bir diğer görüş; çocuk düşürtme suçunun niteliği gereği, bir suç işleme kararı çerçevesinde birden fazla işlenmesinin mümkün olmadığı, bu sebeple de çocuk düşürtme suçu açısından TCK madde 43/1'in uygulama alanı bulmayacağı yönündedir¹⁸⁵.

Kanaatimizce; cenin TMK anlamında kişi kabul edilmemektedir. Aynı zamanda rızasız çocuk düşürtme suçunun mağduru da cenin değil gebe kadının kendisidir. Çünkü ancak gerçek kişiler suç mağduru olabilir. Bu durumda bir kadına karşı, tek bir suç işleme kararı çerçevesinde, çocuk düşürtme suçu birden fazla işlenirse, zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Ayrıca, TCK madde 43/3'e göre; kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümleri

¹⁸² Kızıroğlu, s. 177.

¹⁸³ Çağa, Tahir, Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 3, 1991, s. 368.

¹⁸⁴ Kitapçioğlu, s. 322-323.

¹⁸⁵ Aydın, s. 96.

uygulanmayacağından, bir tek bu suçlar için gerçek içtima kuralları geçerli olacak, yani her bir mağdur için ayrı cezaya hükmolunacaktır. Çocuk düşürtme suçu bu suçlar arasında yer almadığından ötürü ve TCK sisteminde yer alan kıyas yasağı ilkesi de düşünüldüğünde, teorik olarak çocuk düşürtme suçunda fikri içtima ve zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.

Örneğin; gebe kadına karşı gerçekleştirilen ilk fiil neticesinde cenin düşmememiş ve suç teşebbüs aşamasında kalmış olabilir. Bu nedenle fail, aynı kadına karşı tekrar bu suçu işlemiş ve cenin bu ikinci fiil neticesinde düşmüşse, teşebbüs aşamasında kalan ilk suç ile tamamlanan ikinci suç arasında zincirleme suçun varlığı kabul edilerek, failin cezasında arttırima gidilecektir.

Konuya fikri içtima açısından yaklaşır isek, aynı neviden fikri içtimada; aynı suçun, tek bir fiille, birden fazla kişiye karşı işlenmesi söz konusudur. Aynı anda birden fazla kadına ilaç enjekte edilerek çocuğun düşmesine yol açılması halinde, fikri içtimanın varlığı kabul edilmektedir¹⁸⁶. Ancak bunun pratikte örneğini görmek pek de mümkün değildir.

Çoğul gebeliklere ilişkin olarak öğretilerde pek çok tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre; ikiz ve üçüz hamileliklerde de cenin kişi kabul edilmediğinden zincirleme suç hükümleri uygulanamayacak ve her bir fiilden ayrı ceza verilecektir¹⁸⁷.

Diğer bir görüşe göre; çocuk düşürtme ve düşürme suçları kişilere karşı suçlar bölümü içinde düzenlenmiş olduğundan, birden fazla ikiz veya üçüz ceninin düşürülmesi halinde, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi söz konusu olacaktır ki, TCK madde 43/2 gereği zincirleme suç hükümleri uygulanır¹⁸⁸.

Son olarak burada hareket tek olsa da, iki ayrı yaşama son verilmesi söz konusu olduğundan, failin iki çocuğun da düşürtülmesi kastı içinde hareket etmesi halinde,

¹⁸⁶ Topaç, s. 189.

¹⁸⁷ Kitapçioğlu, s. 323-324.

¹⁸⁸ Tezcan, s. 284.

her iki çocuk açısından ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır¹⁸⁹.

Kanaatimizce; cenin henüz kişilik kazanmamış olduğundan ve mağdur sayılmadığından ötürü, burada fikri içtimanın kabulü doğru olmadığı gibi, her bir cenin için ayrı cezaya hükmedilmesi de mümkün değildir. Ancak tek hareketle birden fazla ceninin ölümüne sebebiyet verildiğinden, bu durum TCK madde 61 gereği temel cezanın belirlenmesinde hakim tarafından göz önüne alınabilecektir¹⁹⁰.

Gebe olduğu bilinen bir kadının öldürülmesi nitelikli kasten öldürme (TCK madde 82/1-f) suçunu oluşturacaktır. Çünkü kasıt çocuk düşürmek değil anneyi öldürmek olduğundan ve annenin de gebe olduğu bilindiğinden, kasten öldürme suçunun nitelikli şekli oluşacaktır. Aynı şekilde fail yaralama kastıyla hareket etmiş, ancak gebe kadının çocuğunun düşmesine yol açarsa, TCK madde 87/2-e maddesi uyarınca, kasten yaralama suçunun neticesi sebebi ile ağırlaşmış şeklinden sorumlu tutulacaktır.

Fail çocuk düşürmeye yönelik fiillerini gerçekleştirir, ancak cenin ölmez ve fakat doğduktan sonra yapılan bu fiil sebebiyle ölürse, yukarıda da belirttiğimiz üzere, fail gene fiiliyle netice arasındaki nedensellik bağından ötürü çocuk düşürme suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Ancak çocuk sağ olarak dünyaya gelir, fail çocuğu öldürmeye yönelik bir takım hareketler daha gerçekleştirirse, çocuk düşürme suçu teşebbüs aşamasında kaldığından, faili hem çocuk düşürmeye teşebbüsten, hem de sonrasında gerçekleştirmiş olduğu fiil neticesinde çocuk ölürse, kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutarız¹⁹¹.

3.2.11. Yaptırım

TCK madde 99/1'e göre; rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹⁸⁹ Hakeri, s. 711.

¹⁹⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 303.

¹⁹¹ Aydın, s. 96.

Kanunun 99. maddenin 3. fıkrasında suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri düzenlenmiştir. Buna göre çocuk düşürtme fiili, kadının beden veya ruh sağlığında bir zarara yol açarsa, o takdirde fail altı yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacak, kadının ölümüne sebep olursa da, on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

Gebe kadın rahminde birden fazla cenin taşıyor ise, fail gene tek çocuk düşürtme suçunu işlemiş olur. Çünkü bu suçta mağdur gebe kadın, eylem de gebeliği sona erdirmeye eylemidir. Fakat bu durum, yukarıda da belirttiğimiz üzere, failin çoğul gebeliği bilmesi koşulu ile TCK madde 61 gereği cezanın alt sınırının belirlenmesinde kale alınabilir.

Aynı şekilde, rızasız çocuk düşürtme suçunda on haftadan fazla bir gebeliği tıbbi zorunluluk olmaksızın kadının rızası dışında sona erdirmek de, bu haftadan itibaren korunan hukuksal yarar olarak kadının anne olabilme hakkı yanında ceninin varlığını sürdürme hakkı da var olduğundan, yapılacak bir düzenleme ile diğer bir ağırlaştırıcı neden olarak düşünülebilir¹⁹². Nitekim gebelik süresi arttıkça, yapılacak müdahaleden gebe kadının sağlığının daha fazla zarar göreceği ve ceninin zaman geçtikçe tüm organlarının oluşmaya başladığı açıktır.

TCK madde 49'a göre; hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezaları kısa süreli hapis cezasıdır ve bunlar TCK'nın 50. maddesinde düzenlenen seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilir. Çocuk düşürtme suçu için öngörülen hapis cezası; beş yıla on yıl arasındadır. Bu sebeple kısa süreli hapis cezası olmadığından, TCK madde 50 gereğince seçenek yaptırımlardan birine çevrilemez.

Bu suçta erteleme müessesesinin de uygulanması mümkün değildir. Nitekim erteleme kurumu TCK madde 51 gereği, işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkum edilen kişinin, maddedeki diğer koşulları da sağlaması halinde uygulanabilir. Oysa ki, TCK madde 99'da öngörülen cezada alt sınır beş yıldır. Aynı

¹⁹² Kızıroğlu, s.177.

şekilde bu suçun işlenmesi halinde, CMK madde 231 gereği hükmün açıklanmasının geri bırakılması da uygulanamayacaktır.

Hapis cezasına mahkumiyetin bir sonucu olarak fail, TCK'nın 53. maddesi gereği belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılacaktır. Buna göre, mahkum olunan cezanın infazı tamamlanıncaya kadar fail belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmaktadır. Ayrıca TCK madde 53/5 gereği, görevin kendisine verdiği yetkileri kötüye kullanmak suretiyle söz konusu suç işlendiğinden, aynı maddenin beşinci fıkrası gereği, ayrıca cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanımı yasaklanır.

Aynı zamanda TCK'nın 54 ve 55. maddeleri uyarınca, bu suçta kullanılan, suçun işlenişine tahsis edilen eşyaların müsaderesine karar verilebileceği gibi, suçun işlenmesi ile menfaat elde edilmişse bu ekonomik kazançların da müsaderesine karar verilebilir.

3.2.12. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

3.2.12.1. Genel Olarak

Çocuk düşürtme suçunun soruşturulması ya da kovuşturulması şikayet, izin, talep vs. her hangi bir şarta bağlı tutulmamıştır. Bu sebeple re'sen soruşturma ve kovuşturması yapılacaktır. Ancak fail kamu görevlisi ise, o takdirde 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2. maddesine göre; yargılanmaları ancak bağlı buldukları kurumun iznine bağlı olarak yapılabilecektir. Yine aynı maddenin 3. fıkrasında ağır cezayı gerektiren suç üstü halleri ayrık tutulmuştur. Bu düzenlemeye göre; suç üstü hali söz konusu ise, herhangi bir izne gerek kalmaksızın soruşturma ve kovuşturma işlemleri yapılabilecektir.

3.2.12.2. Dava ve Ceza Zamanaşımı

Diğer suçlardan farklı bir düzenleme olmamakla beraber, kısaca ceza ve dava zamanaşımı konusuna da değinmek gerekirse; çocuk düşürtme suçunun düzenlendiği TCK'nın 99. maddesinin 1. fıkrası yani suçun temel şeklinde faile, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası, bu fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir

zarara uğramasına neden olmuşsa, altı yıldan on iki yıla kadar, kadının ölümüne sebep olursa on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası öngörülmüş olup suç yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenirse cezası yarı oranında arttırılacaktır.

TCK'nın 66. maddesi uyarınca, zamanaşımı süresi suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlar. Yine Kanunun 66. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca; sanığa isnat edilen fiil için öngörülen cezanın üst sınırı üzerinden belirlenen ceza, aynı maddenin üçüncü fıkrasında belirtildiği üzere kanuni ağırlaştırıcı sebeplerin uygulanması ile ağırlaştırılacaktır. Bu şekilde failin alabileceği en yüksek ceza miktarı üzerinden zamanaşımı süresi hesaplanacaktır. Kanunda öngörülen sürelerin dolması halinde kamu davası düşecektir.

TCK madde 68 uyarınca; hükmün kesinleşmesinin üzerinden kanunda öngörülen sürelerin geçmesiyle, ceza infaz edilemeyecektir. Kesin hükümde yer alan sonuç cezaya göre ceza zamanaşımı süresinin geçmesi, infaz engeli oluşturacaktır.

3.2.12.3. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesine göre; bu suçun temel şeklini işleyenler, asliye ceza mahkemesinde yargılanacaktır. Suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış şekli ile nitelikli şeklinin işlenmesi halinde ise, ağır ceza mahkemeleri görevli olacaktır.

Yetkili mahkeme ise; CMK'nın 12. maddesi gereği, suçun işlendiği yer mahkemesi yani, çocuk düşürme fiilinin yapıldığı yer mahkemesidir. Yetkili mahkeme CMK'nın 13. maddesi gereği, suçun işlendiği yer mahkemesi belli değil ise, şüpheli veya sanığın yakalandığı yer, yakalanmamışsa yerleşim yeri mahkemesidir. Şüpheli veya sanığın Türkiye'de yerleşim yeri yoksa, Türkiye'de en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Mahkemenin bu suretle de belirlenme olanağı yoksa, maddenin üçüncü fıkrası gereği, ilk usul işleminin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır.

3.2.12.4. Suçun Yurtdışında İşlenmesi ve Kovuşturulabilme Şartları

TCK'nın 8. maddesinin ilk fıkrasına göre; Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fıkranın devamında, hangi fiillerin Türkiye'de işlenmiş sayılacağı belirtilmiştir. Buna göre; fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi yahut neticenin Türkiye'de meydana gelmesi halinde, suç Türkiye'de işlenmiş kabul edilecek ve Türk kanunları uygulanacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında; Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında, açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlar ile, Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla, Türkiye'nin kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit bir platformda veya bunlara karşı işlenen suçların da, Türkiye'de işlenmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

Görüldüğü üzere; TCK'nın 8. maddesinde, ceza kanununun yer itibariyle uygulanma alanını belirleyen düzenleme yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye bakıldığında; işlenen suçun failinin ve mağdurunun vatandaşlığı ne olursa olsun, ülkesinde suç işlenen devletin ceza kanununa tabi olacağı aşikardır¹⁹³.

Bununla birlikte, yurt dışında bir Türk vatandaşı tarafından işlenen çocuk düşürtme ve düşürme suçlarının, nasıl bir yaptırıma tabi tutulacağını da açıklamakta fayda olacağını düşünmekteyiz. Ancak bu konuyu açıklarken, mağdurun yabancı ve Türk vatandaşı olmasına göre ikili bir ayırımı gideceğiz.

Ülkemizde mülkilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmadığı aşikardır. Nitekim yurt dışında işlenen suçlara da, bazı şartlar altında Türk kanunlarının uygulandığı görülmektedir. Bu sebeptendir ki, TCK'nın "Yarı Mülkilik İlkesi"ni kabul ettiği benimsenmiştir¹⁹⁴.

¹⁹³ Koca/Üzülmez, s. 732.

¹⁹⁴Koca/Üzülmez, s. 744.

TCK nerede suç işlemiş olursa olsun, vatandaşını kendi kanunlarına göre cezalandırabilmektedir. Bu da “Şahsilik İlkesi” nin bir sonucudur ve bu ilke, TCK’nın 11. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; bir Türk vatandaşı, TCK’nın 13. maddesinde yazılı suçlar hariç, Türk kanunlarına göre, aşağı sınırı 1 yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işler ve kendisi Türkiye’de bulunursa, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye’de kovuşturabilirliğinin bulunması koşulu ile fail Türk kanunlarına göre cezalandırılacaktır. Suçun aşağı sınırı bir yıldan az ise, o takdirde yargılama yapılması zarar görenin veya yabancı hükümetin şikayetine bağlı olarak yapılacaktır. Bu durumda şikayet süresi; vatandaşın Türkiye’ye girdiği tarihten itibaren altı aydır¹⁹⁵.

Belirtmek gerekir ki; bir Türk vatandaşı rızasız çocuk düşürtme suçunu yurt dışında bir yabancı vatandaşa karşı işlerse, o takdirde bu fiilin yurt dışında da suç oluşturması gerekmektedir. Nitekim, kendi ülkesinde işlenen fiilden dolayı koruma görmeyen yabancının, Türk kanunları ile koruma görmesi mümkün olmayacaktır¹⁹⁶.

Faile göre şahsilik ilkesinin gereği olarak, vatandaş ülke içinde olduğu kadar, yurt dışında da ülkesinin kanunlarına uygun davranmak zorundadır. Ancak ne var ki yurt dışında işlenen suçlara faile göre şahsilik ilkesini uygularken, fiilin işlendiği yer kanununa göre de suç teşkil etmesini aramazsak, devletlerin iç işlerine karışma yasağını ihlal etmiş oluruz. Çünkü; bulunduğu ülkenin kanunlarına uygun hareket eden ve o ülkenin kanunlarına göre suç teşkil etmeyen bir davranışın cezalandırılmak istenmesi, o ülkenin hukuk düzenine karşı bir müdahaleyi ifade eder. Bu nedenle, faile göre şahsilik ilkesinin failin vatandaşlığı yanında, fiilin işlendiği yer kanununa göre de suç teşkil etmesinin aranması gerekmektedir. Nitekim mülkilik ilkesi gereği, devletler ceza kanunlarını uygulama alanını belirlerken, başka “Devletlerin İç İşlerine Karışmama İlkesi”ni göz ardı edemez. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin 2/1. maddesine göre; modern uluslararası hukuk, egemen devletlerin eşitliği ilkesine dayanmaktadır. Bunun sonucu olarak da, devletler kendi ceza yargılarının yürürlük alanını belirlerken, başka devletlerin alanına müdahale etmekten kaçınmalıdırlar.

¹⁹⁵ Koca/Üzülmez, s. 744-747.

¹⁹⁶ Koca/Üzülmez, s. 745.

Aksi takdirde diğerk devletlerin iç işlerine haksız bir müdahale ve hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır.¹⁹⁷. Ancak elbette bu kural, mağdurun Türk olması halinde geçerli olmayacaktır.

Mağdurun Türk vatandaşı, failin yabancı olması hali ise, TCK'nın 12. maddesinin 2. fıkrasında düzenleme altına alınmıştır. Buna göre; bir yabancı, kanunun 13. maddesinde yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suç, yabancı ülkede Türk vatandaşına karşı işlerse, failin fiili işlediği sırada yabancı olması ve failin Türkiye'de bulunması, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve suçtan zarar görenin şikayeti üzerine fail Türk kanunlarına göre cezalandırılacaktır. Dolayısıyla yurt dışında Türk vatandaşına karşı işlenen çocuk düşürtme fiilleri, yukarıda sayılan şartların da gerçekleşmesi halinde, yabancı ülke kanunlarına göre suç teşkil etmesi aranmaksızın cezalandırılacaktır.

3.3. Rızaya Dayalı Olarak Gerçekleştirilen Çocuk Düşürtme Suçu

3.3.1. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler

TCK'nın 99. maddesinin 2. fıkrasına göre; tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten yetkili kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

Söz konusu düzenlemeye göre, on haftaya kadar rızaya dayalı olarak gebeliğe son verilebilirken, gebelik süresi on haftayı geçtikten sonra ancak tıbbi zorunluluğun varlığı halinde sona erdirilebilecektir. Bu durumda çocuğun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında da, bir aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunacaktır.

Madde metninden anlaşılacağı üzere, on haftadan fazla gebeliklerde çocuğun düşürtülmesi, gebe kadının rızasına rağmen suç olarak düzenlenmiştir. Üstelik burada sadece çocuğu düşürten hekim değil, çocuğun düşürtülmesine izin veren gebe kadın da cezalandırılmaktadır.

¹⁹⁷ Turhan, Faruk, Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (md. 13), Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 4, 2005, s. 3-4.

Belirtmek gerekir ki, madde metninde rızaya dayalı olsa bile ibaresi kullanıldığı için, on haftadan fazla gebeliğin rızaya dayalı olarak, tıbbi sakınca bulunmamasına rağmen yetkili kimse tarafından sonlandırılması halinde, bu fıkra uyarınca faile ceza verilecektir. Gebe kadının rızası olmamasına rağmen gebeliğin sonlandırılması ise, TCK madde 99'un 1. fıkrası kapsamında değerlendirilecektir.

Aşağıda da ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere; on haftadan fazla gebeliğin sonlandırılması ancak tıbbi zorunluluk hallerinde caiz görülmüştür. İsteğe bağlı gebeliğin on haftayla sınırlandırılması da; gebeliğin ilk on haftasının embriyonun uzuvlarının belirmemesi, yapılan kürtajın taşıdığı riskin, normal doğumdan daha az olması, bu riskin hamileliğin daha sonraki dönemlerinde yapılan kürtajlarda ise giderek artması olarak görülmektedir¹⁹⁸.

Burada dikkat edilmesi gereken bir konu; her ne kadar on haftadan sonra gebeliğin rızaen sonlandırılması bazı şartların gerçekleştirilmesine bağlanmış olsa da, on haftaya kadar olan gebelik herhangi bir sebeple sonlandırılabilir ve gebe kadın bu konuda herhangi bir açıklama yapmak zorunda da değildir. Bu sebeple gebe bir kadın, ekonomik ve sosyal bir nedenle gebeliğini sonlandırabileceği gibi, çocuk sorumluluğunu almak istememesi, kendini buna hazır hissetmemesi gibi bir nedenle de gebeliğine son verebilecektir.

Yabancı ülkelerde ise genel olarak gebelik belirli sebeplerle sonlandırılabilir. İspanya'da 2010 yılında yapılan yasal düzenleme ile gebeliğin on dördüncü haftasına kadar herhangi bir sınırlama olmaksızın sonlandırılmasına izin verilmiştir. Finlandiya'da gebelik tecavüz sonucu oluşursa, kadının sosyo-ekonomik durumu olumsuzsa, kadının sağlığı tehlike altındaysa, kadının dört çocuğu varsa, kadın on yedi yaşından küçük yahut kırk yaşın üzerinde ise, gebelik on ikinci haftaya kadar sonlandırılabilir. İsviçre'de, önceleri sadece sağlık sorunları nedeniyle kürtaja izin verilirken, 2002 yılında gebeliğin on ikinci haftaya kadar sonlandırılması serbest hale getirilmiştir. Rusya'da tecavüz sonucu gebelik, gebe kadının hapse mahkum edilmesi,

¹⁹⁸ Aksoy, Şahin, Kürtaj Sadece Tıbbi Bir Karar Olabilir mi?, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, Sayı: 24, 2012.

sakat olması, gebelik sırasında ölüm, gebe kadının ebeveynlik haklarından yoksun kalması gibi sosyo-ekonomik gerekçelerle, kürtaj on iki ile yirmi iki hafta arasında yasal olarak serbest bırakılmaktadır¹⁹⁹.

Burada kısa da olsa hekimin, kürtajı reddetme hakkının olup olmadığı konusuna da değinmek istiyoruz. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın "Tedaviyi Üstlenmeme veya Yarıda Bırakma Hakkı" başlıklı 25. maddesine göre;

Hekim, ancak tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde ve hastasının başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini üstlenmeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir. Yukarıdaki koşullarda tedaviyi bırakacak hekim, bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hastaya veya yakınlarına anlatır ve onları tıbbi yardımla ilgili başka olanaklar konusunda bilgilendirir. İkinci hekim bulunmadan hekim hastasını bırakamaz. Hekim, tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür.

Yine Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 18. maddesine göre; "Tabip ve diş tabibi, acil yardım, resmî veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir."

Tüzüğün 19. maddesi uyarınca da;

Tabip ve diş tabibi mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir. Ancak, bu gibi hallerde, diğer bir meslektaşın tedavi veya müdahalesine imkan verecek zamanı evelden hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terk edemez. Hastayı bu suretle terk eden tabip veya diş tabibi, lüzum gördüğü veya hasta tarafından talep edildiği takdirde, tedavi zamanına ait müşahade notlarını verir.

Görüldüğü üzere; maddede belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, hekim kürtajı reddetme hakkına sahip olacaktır. Dolayısıyla, gebe kadının sağlığı ve yaşamını tehdit eden acil haller hariç kürtaj yapmak istememek, bir birey olarak hekimin en doğal hakkı olarak görülmelidir²⁰⁰.

¹⁹⁹ Özkan, Özlem, Ülkere Göre Kürtaja Yönelik Yasal Düzenlemelere Genel Bir Bakış, Toplum ve Hekim, Cilt: 27, Sayı: 4, 2012, s. 317-319.

²⁰⁰ Babalıoğlu, Rabia, Kürtaj Yapmama Hakkı, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, Sayı: 24, 2012, s. 42-43.

3.3.2. Korunan Hukuki Değer

Bu suçla korunan hukuki değer; ceninin gelecekteki yaşama hakkı ile rızasının olmadığı durumlara sınırlı olarak, babanın cenin üzerindeki haklarıdır. Kanun koyucu, gebe kadının rızasına rağmen on haftadan fazla gebeliğin sonlandırılmasını suç olarak düzenleyerek, babanın cenin üzerindeki hakkı ile ceninin gelecekteki yaşama hakkına üstünlük tanımış, annenin sağlık hakkını ikincil derecede koruma altına almıştır. Ancak tıbbi zorunluluk söz konusu olduğunda anneye üstünlük tanınarak, gebeliğin sonlandırılmasına, gebelik süresi on haftadan fazla olsa dahi izin verilmektedir.

3.3.3. Suçun Unsurları

3.3.3.1. Tipikliğin Maddi Unsurları

3.3.3.1.1. Fail

Bu fıkradaki suçun faili; çocuk düşürtmeye yetkili olan hekimdir. Fiilin rahim tahliyesine yetkili olmayan hekim tarafından gerçekleştirilmesi ise, TCK madde 99/5, c.2 gereği cezada arttırım nedenidir.

Kanunun 99. maddenin 2. fıkrasının 2. cümlesine göre; çocuğunun düşürtülmesine izin veren kadın da, bu suçta fail sıfatıyla cezalandırılmaktadır. O halde rıza ile çocuk düşürtme suçunda iki fail bulunmaktadır. Biri; çocuğun düşürtülmesine rıza gösteren gebe kadın, diğeri ise çocuğu düşürtten yetkili hekimdir. Dolayısıyla rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen çocuk düşürtme suçu, çok failli bir suçtur.

Yukarıda da açıkladığımız üzere; gebelik süresi on haftadan fazla olmayan gebeliklerde, rızaya dayalı gebeliğin sona erdirilmesi suç oluşturmamaktadır. Ancak, gebelik süresi on haftadan fazla olmasa da, rızaya dayalı rahim tahliyesini yetkisiz kişi yaparsa o takdirde, söz konusu rahim tahliyesi yapan yetkisiz hekim açısından işlenen fiil suç oluşturmaktadır. Bu konu aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacaktır.

3.3.3.1.2. Mağdur

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda, mağdur ancak gerçek kişiler olabileceğinden ve cenin de gerçek kişi sayılmadığından, bu suçun mağduru da cenin olamaz.

Belirtmek gerekir ki; bir kişi bir suçun hem faili hem de mağduru olamaz²⁰¹. Dolayısıyla rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda, hekimin yanında gebe kadının kendisi de bu suçun faili olarak cezalandırılacağından, suçun mağduru olamayacaktır.

Yine bu suçla benzer olarak, TCK'nın Organ veya Doku Ticareti başlıklı 91. maddenin 3. fıkrasına göre; organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişiler cezalandırılacaktır. Organ satan ifadesinin, kendi organını satan kişileri de kapsamakta olduğunu ve bu sebeple bu suçun failinin ve mağdurunun aynı kişi olduğunu belirten görüşler bulunmaktadır. Nitekim, bu suçlara ilişkin özel zaruret halinin düzenlendiği 92. maddede, ekonomik sosyal nedenlerin göz önünde bulundurularak, cezada indirim yapılabileceği gibi hiç ceza verilmeyebileceği düzenlenmiştir²⁰².

Öğretide bir görüş; bu halde de kanun koyucunun gebe kadının rızasını geçerli bir rıza olarak kabul etmediği ve normla korunması amaçlanan menfaatin gebe kadının sağlığı olduğu, dolayısıyla mağdurun da kadın olduğu yönündedir²⁰³. Diğer bir görüş; bu suç gibi muayyen bir mağdurdan söz edilemeyen suçlarda, toplumu oluşturan ve yaşama hakkına sahip olan herkes mağdur edildiğinden (geniş anlamda mağdur kavramı), rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen çocuk düşürtme suçunun mağdurunun, toplumu oluşturan ve yaşama hakkına sahip herkesin olacağı yönündedir²⁰⁴.

Kanaatimizce; rızaya dayalı gerçekleştirilen çocuk düşürtme suçunun faili; kuşkusuz cenin üzerinde hak sahibi olan baba olacaktır. Ancak ne var ki babanın da ceninin düşürtülmesine rızası varsa yahut bu suça iştirak etmişse, o takdirde artık suçun mağduru kabul edilemeyeceğinden, neslin devamlılığında faydası olan herkesi, bu suçun mağduru kabul etmek gerekecektir.

²⁰¹ Koca, Kısırlaştırma Suçu, s. 109.

²⁰² Katoğlu, Tuğrul, Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları, AÜHFD, Cilt: 61, Sayı: 2, 2012 s. 663-664.

²⁰³ Erdem, s. 1654.

²⁰⁴ Ertuğrul, s. 374.

3.3.3.1.3. Suçun Konusu

Bir önceki suç için yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir. Rıza ile çocuk düşürtme suçunda da işlenen fiiller cenin üzerinde gerçekleştirildiğinden, suçun konusu cenindir. Dolayısıyla kadının gebe olması ve cenin sıfatının kazanılması gerekmektedir.

Suçun oluşmaması için gebelik süresi, genel olarak uluslararası sözleşmelerde on iki hafta iken, TCK'da gebeliğin onuncu haftaya kadar sona erdirilmesini yasa koyucu yasal kabul etmiş, bundan sonraki süreçte tıbbi zorunluluğun bulunmaması halinde gebeliğin sonlandırılmasını yasaklamıştır²⁰⁵.

İsteğe bağlı kürtajda, on iki hafta olarak düzenlenen kanun taslağı on haftaya çekilerek, Genel Kuruldan bu haliyle geçmiştir. İsteğe bağlı olarak gebeliğin sonlandırılmasının on hafta ile sınırlanması gerekliliği, onuncu haftadan sonra cinsiyet tayini yapılabildiği, ailelerin sırf cinsiyetlerini beğenmediği için kürtaj yaptırmak isteyebileceği, bunun da ayrı bir sosyal probleme neden olacağı şeklinde belirtilmektedir²⁰⁶.

Gebelik süresinin on haftayı geçmiş olması gerektiğinden, Yargıtay kararları ile de sabit olduğu üzere, on haftalık sürenin aşıldığının kesin olarak kanıtlanması gerekmektedir²⁰⁷. Gebeliğin kaçınıcı haftada olduğu uzman bilirkişiler tarafından tespit edilecektir.

Aynı şekilde gebeliğin on haftadan fazla olduğuna ilişkin tespitin kesin olarak yapılamaması durumlarında, "Şüpheden Sanık Yararlanır" kuralı gereği faile ceza verilmeyecektir²⁰⁸.

²⁰⁵ Şafak, s. 6.

²⁰⁶ Aydın, Sabahattin, Kürtaj Yasağında Kim Nerede?" Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, 2012, s. 28.

²⁰⁷ "...Gebelik süresinin on haftadan fazla olduğunun kesin tıbbi kanıtlarla saptanamadığı gözetilmeden, sanıkların beraati yerine atılı suçtan mahkumiyetlerine karar verilmesi..." Y.8.CD. T: 11/1998 E: 1998/13413 K: 1998/4523 (www.kazanci.com.tr).

²⁰⁸ Topaç, s. 169. "... Sanıkların soruşturma evrelerinde gebelik süresine ilişkin değişik anlatımları ile mahkemenin de süre açısından kesin olmayan (2-3 aylık) kabulüne göre 27.5.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2827 sayılı yasa ile değişik TCK. nın 467/2. maddesi ile TCK. nun 2. maddesi hükümleri açıklığı

Belirtmek gerekir ki; aslında cenin, son adet tarihinden iki hafta sonra kadının yumurtlaması sonrası oluşmaktadır. Bu hesaplama göre; ceninin yaşı, gebelik yaşından iki hafta küçüktür. Ancak ne var ki, gerek tıp dünyasında gerekse hukukta, gebelik yaşı dikkate alınmaktadır. Gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılması hallerinde de gebelik yaşı dikkate alınacaktır²⁰⁹.

Yine yukarıda yapmış olduğumuz diğer açıklamalar doğrultusunda, suçun gerçekleşmesiyle birlikte cenin öldüğünden, bu suç da zarar suçları arasındadır.

3.3.3.1.4. Fiil

Rızasız çocuk düşürtme suçunda olduğu gibi bu suç da, ceninin canlı varlığına son verme neticesini doğuracak her türlü hareketle gerçekleştirilebilir. Kanun koyucu madde metninde bu suçun hangi hareketlerle işlenebileceğine dair bir düzenleme getirmemiştir. Kanunda özel olarak belli hareketlerle gerçekleştirileceği düzenlenmediğinden, her türlü hareket ile gerçekleştirilebileceğinden, bu suç serbest hareketli bir suçtur.

Yine bu suçun da ihmali hareketle işlenebilmesi kanunda ayrıca düzenlenmediğinden, ancak icra-i hareketle işlenebilen suçlar arasındadır.

3.3.3.1.5. Netice

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunun oluşabilmesi için fiil tek başına yeterli olmamakla beraber, suç ceninin yaşamına son verilmekle tamamlandığından, bu suç neticeli suçlardandır. Yani bu suçun oluşması için, fiilden başka ceninin düşmesi neticesi de aranmaktadır.

karşısında gebelik süresinin 10 haftadan fazla olduğu kesinlikle saptanamadığından yasal zorunluluk nedeniyle TCK'nın 468/2. maddesi ile verilen hükümlülük kararının bozulması gerekmiş..." Y.8.CD. T: 08/07/1983 E: 1983/1758 K: 1983/2010 (www.kazanci.com.tr).

²⁰⁹ Dölen, İsmail, Tıbbi Açından Fetüs, Embriyo, Kürtaj Ve Düşük (Abortus) Nedir?, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2013, s.35.

3.3.3.1.6. Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalarla benzer olarak, rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda da hareketin yanı sıra ceninin ölmesi neticesi de arandığından, gerçekleşen neticeden failin sorumlu tutabilmesi için, hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.

Bununla beraber yine yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalardan da görüleceği üzere; nedensellik bağının varlığı ile birlikte, somut olayda bu bağı kesecek a-tipik bir gelişmenin olmaması, failin olayın gelişimi üzerinde hakimiyet kurabilmesi, fail tarafından yaratılan tehlikenin tipte öngörülen neticede gerçekleşmesi ve neticenin normun koruma alanı dışında olmaması gerekmektedir²¹⁰.

3.3.3.2. Tipikliğin Manevi Unsurları

Rıza ile çocuk düşürtme suçunun taksirli şekli kanunda ayrıca düzenlenmediğinden, bu suçun manevi unsuru kasttır. Nitekim fiil rızaya dayanılarak işlendiğinden, taksirle işlenmesi olağan hayat tecrübeleri dahilinde pek de mümkün değildir.

Bu suçun da ancak doğrudan kastla işlenebileceği kanaatindeyiz. İşlemi gerçekleştiren hekim ve buna rıza gösteren gebe kadın, gebeliğin on haftadan fazla olduğunu ve tıbbi bir zorunluluğunun bulunmadığını bilecektir.

3.3.3.3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Söz konusu suçta gebelik süresi on haftadan fazla olduğundan ötürü, rıza fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Kanunen rızaya dayalı olarak ancak on haftaya kadar olan gebeliğin sonlandırılması halinde suç oluşmayacaktır. Burada gebe kadın tarafından verilen rıza, tipik fiilin oluşması bakımından aranan bir unsurdur²¹¹. Nitekim yukarıda da bahsettiğimiz üzere; gebe kadının ceninin düşürtülmesine rızası yoksa, o takdirde faili bu fıkradan değil, rızasız çocuk düşürtme suçunun düzenlendiği TCK madde 99/1'den sorumlu tutmak gerekecektir. On haftadan sonra rahim tahliyesi, tıbbi zorunluluk durumu hariç, yetkili olan bir hekim tarafından yapılsa dahi suç

²¹⁰ Koca/Üzülmez, s. 133.

²¹¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 299.

oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu suçu meşru hale getirebilecek bir hukuka uygunluk sebebi söz konusu değildir.

3.3.4. Suçun Nitelikli Halleri

3.3.4.1. Genel Olarak

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalarla benzer olarak, bu suç için de sadece cezayı arttıran nitelikli hal öngörülmüş olup, söz konusu nitelikli halin faile uygulanabilmesi kastının varlığına bağlıdır.

3.3.4.2. Ceninin Yetkili Olmayan Bir Kişi Tarafından Düşürtülmesi

Kanunun 99/5. maddesine göre; fiilin rahim tahliyesine yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi, suçun nitelikli halini oluşturacak ve failin cezası yarı oranında arttırılacaktır. Yani; gebe kadının rızasıyla on haftadan fazla gebeliği sonlandıran Yönetmelik kapsamında yetkili kişi, TCK madde 99/2 fıkrası kapsamında rıza gösteren gebe kadınla birlikte cezalandırılırken, yetkisiz kişi bu işlemi gerçekleştirir ise, TCK madde 99/5 gereği cezası arttırılacaktır²¹².

Burada yetkisiz kişiden kasıt; gebeliği sonlandırma yetkisi olmayan hekimin, rahim tahliyesi işlemi gerçekleştirmesidir. Hekim dışında herhangi bir kişi bu suçu işlerse, bu madde kapsamında değil, TCK madde 87/2,e gereği cezalandırılacağını bir kez daha belirtmek isteriz.

²¹² "... Sanıklar A. D., A. M. ve D. Ş. haklarında mağdur Elif'e yönelik çocuk düşürtme suçundan verilen mahkumiyet hükümlerine yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde ise; 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanununun 5 ve 6 ile Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesi Hakkında Tüzük'ün 3, 4 ve 5. maddeleri uyarınca kural olarak rıza ile olsa bile gebelik süresi on haftayı geçen kadınlarda rahim tahliyesinin yapılamayacağı ve sanıkların gebeliği sona erdirmeye konusunda da meslek olarak yetkili olmayan kişilerden oldukları tüm dosya kapsamından anlaşıldığından, sanıklar haklarında 5237 Sayılı TCK'nın 99. maddesinin 5. fıkrasının 2. cümlesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi..." Y.15.CD. T: 26.02.2014 E: 2013/7734 K: 2014/2069 (www.kazanci.com.tr).

3.3.5. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri

3.3.5.1. Genel Açıklamalar

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu için de, kanunun 99 maddesinin 4. fıkrasında neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller sayılmıştır. Bu hallerin gerçekleşmesi ve şartlarının oluşması halinde, failin cezasında arttırima gidilecektir.

3.3.5.2. TCK'nın 99. Maddesinin Dördüncü Fıkrasında Sayılan Ağır Neticeler

3.3.5.2.1. Fiilin Kadının Beden veya Ruh Sağlığı Bakımından Bir Zarara Uğramasına Yol Açması

Failin fiilinin, kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına yol açması neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçu oluşturur. Meydana gelen ağır netice açısından, failin en azından taksir derecesinde kusuru varsa cezası arttırılacaktır.

Tekrardan kaçınmak adına, yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalara atıfta bulunmakla birlikte, çocuk düşürtme eylemi neticesinde, gebe kadının bedenen ve ruhen zarara uğraması kuvvetle muhtemel olduğundan ötürü, kanundaki bu düzenlemenin kaldırılması gerektiği kanaatindeyiz.

3.3.5.2.2. Fiilin Kadının Ölümüne Yol Açması

TCK'nın 99/4. maddesi gereği, rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen çocuk düşürtme fiili kadının ölümüne yol açarsa, fail hakkında dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yine failin bu ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için; TCK madde 23 gereği en azından taksir derecesinde kusuru bulunmalıdır.

3.3.6. Kusurluluğu Etkileyen Haller

3.3.6.1. Tıbbi Zorunluluk

3.3.6.1.1. Genel Olarak

TCK'nın 99/2. maddesinde "Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile" ifadesi kullanılmıştır. On haftadan fazla gebeliklerde, ancak tıbbi zorunluluk ve acil haller söz konusu olduğunda, kadının rızası olmasa bile rahim tahliyesi yapılabilmektedir.

3.3.6.1.2. Tıbbi Zorunluluk Halleri

NPHK'nın 5/2. maddesinde tıbbi zorunluluk halleri düzenlenmiştir. Buna göre;

- a. Gebelik annenin yaşamını veya yaşamsal organlardan birini tehdit eder hale gelmişse,
- b. Gebelik ilerleyen süreçte annenin yaşamını veya yaşamsal organlardan birini tehdit edecek ise,
- c. Gebelik doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak ise tıbbi zorunluluk vardır.

NPHK'nın 5. maddesine göre; gebelik süresi on haftayı geçen kadınlarda rahim tahliyesi ancak, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde yapılabilir. On haftanın üzerindeki gebeliklerde rahim tahliyesini gerektiren, kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli olan hastalıklar ve durumlar; Tüzüğe ekli (2) sayılı listede sayılmış ve hastalığın, kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla, bu hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin birlikte hazırlayacakları kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan gerekçeli raporlarla saptanması gerektiği belirtilmiştir. Rahim tahliyesini yapan hekim bu raporu, ameliyenin sonucu ile birlikte en geç bir hafta içinde, illerde Sağlık Müdürlüklerine, ilçelerde Hükümet Tabipliklerine göndermek zorundadır ve bu raporlar İl Sağlık Müdürlüğü'nde toplanır.

Listede sayılan durumlar haricinde, erken dönemde tespit edilemeyen ve çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak pek çok anomali bulunduğu, bu anomalilerin on haftadan sonra teşhis edilmesi ve teşhis edilen anomalilerin de sayılan listede bulunmamasının, gebeliğin on haftayı aşması sebebi ile isteyerek sonlandırılmasına engel olduğu gibi, listede yer almadığından tıbbi zorunluluk olarak görülmeyip bu imkandan da faydalanılmasına engel bulunduğu belirtilmektedir²¹³. Bu durumun Down Sendromu da dahil, pek çok hastalıkta

²¹³ Uyumaz/Avcı, s. 604.

gerçekleştiği, bu nedenle de gebeliğin isteğe bağlı olarak sonlandırılma süresinin yirmi iki haftaya kadar uzatılması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır²¹⁴.

On haftanın üzerindeki gebeliklerde rahim tahliyesini gerektiren, kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli olan hastalıklar ve durumlar; doğum ve kadın hastalıklarına bağlı nedenler, ortopedik nedenler, kan hastalıklarına bağlı nedenler, kalp ve dolaşım sistemi hastalıkları, böbrek hastalıkları, göz hastalıkları, endokrin ve metabolik hastalıklar, sindirim sistemine bağlı nedenler, immünolojik nedenler, bütün malign neoplastik hastalıkları, nörolojik nedenler, ruh hastalıklarına bağlı nedenler, enfeksiyon hastalıkları, konjenital nedenler olarak sayılmıştır. Listede belirtilen hastalıkların bazılarının, gebe kadını mı yoksa cenini mi kapsadığı belli değildir. Bununla birlikte, annede sıtma veya brusella gibi enfeksiyon hastalıklarının bulunması, Tüzük'te her ne kadar gebeliğin sonlandırılması için kabul edilen tıbbi zorunluluk halleri arasında sayılmış olsa da, bu hastalıkların günümüzde tedavisinin çok kolay ve hızlı olduğu düşünüldüğünde, Tüzükte bir takım yenilikler ve düzenlemeler yapılması gerektiği açıktır²¹⁵.

Tıbbi zorunluluk kapsamına özürlü çocukların girip girmeyeceği konusu tartışmalıdır. Özellikle son yıllarda, Başbakanlık Özürhaller İdaresi tarafından hazırlanan "Özürhaller Kanun Tasarısı"nın genel esasları düzenleyen 4. maddenin kürtaja yasak getiren (g) bendi NPHK'ya aykırı olarak, özürlü çocukların kürtajının yasaklanmasına ilişkin düzenlemeler getirilmesinin düşünülmesi, bu tartışmaları arttırmıştır²¹⁶.

Öğretide ileri sürülen bir görüş; yukarıda sayılanlara ek olarak, özürlü bir çocuk dünyaya getirme düşüncesinin annenin psikolojisi üzerinde olumsuz etkilere yol açacağı ve annenin sağlığı üzerinde tehlike doğuracağı, bu sebeple böyle bir durumda da çocuğun alınabileceğidir²¹⁷. Bu da doğum öncesi tarama testlerinin yapılarak, sakat çocukların doğmasının engellenmesi ve güzel ırkların oluşturabilmesi için yaptırılan

²¹⁴ Dölen, s. 59.

²¹⁵ Doğan, s. 112-113.

²¹⁶ Şen, Furkan, Yaşam Hakkı: İdam, Kürtaj, Ötenazi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, 2015, s. 14.

²¹⁷ Dönmez, s. 120.

öjenik kürtajı akla getirmektedir. Tıbbi zorunlulukların düzenlendiği Ek-2 listenin “Konjenital Nedenler” başlıklı “N” maddesinde yer alan down sendromunun, fetüsün hastalık ve sakatlıklarını kapsadığını öne süren hekimler, hasta veya sakat fetüslerin gebe kadın, aile ve topluma sosyal-ekonomik yönden yük olacakları gerekçesiyle kürtaja olumlu yaklaşmaktadır. Diğer bir kısım hukukçular ise, down sendromunun anneye ilgili olduğunu ve ceninde böyle bir rahatsızlığın bulunmasını tıbbi zorunluluk kavramına dahil olmayacağını belirtmektedirler. New York Times gazetesinde 2013 yılında yayınlanan bir haberde, 23 haftalık ikiz gebeliği olan bir kadın, erkek bebeğin diyafragma hastalığı taşıdığını, dünyaya gelmesi durumunda ömür boyu nefes alma sorunları yaşayacağını, bebeğinin acı çekmesini istemediğini, mutlu bir şekilde ölmesinin bebeği için daha iyi olduğunu düşünerek, kürtaj kararı aldığını ve bu kararından memnuniyet duyduğunu belirtmiştir. Türkiye’de ise fetüsün sakat olması durumunda ailelerin kürtaja eğilimli oldukları görülmektedir²¹⁸.

Tıbbi zorunluluk durumunda rahim tahliyesi için gebe kadının rızasının aranmadığı görüşünde olanlar, çocuğun özürlü olması tıbbi zorunluluk kapsamında değerlendirilirse, gebe kadın doğurmak istese dahi bu durumun, ceninin varlığına son verme olanağının hekime tanınması sonucuna yol açacağını, böyle bir durumun hukuk düzenince koruma görmeyeceğini belirtmektedir²¹⁹.

Kanaatimizce; doğacak çocuğun özürlü olması, kadının hayatını ya da hayati organlardan birini tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli olan hastalık ve durumlar arasında değerlendirilemeyeceğinden, tıbbi zorunluluk kapsamında görülemez. Bununla birlikte Tüzük’e ekli listede tıbbi zorunluluk olarak sayılan hastalıkların, tahdidi şekilde değil örnek kabilinden yazıldığı kanaatindeyiz.

Doğacak ceninin Down Sendromu gibi tedavi edilemez nitelikteki bir hastalığının bulunması ve hekimin gerekli dikkat ve özeni göstermemesi sebebi ile bu hastalığı teşhis edememesi ve anne babayı bu hastalıkla ilgili bilgilendirmemesi sonucu onların kürtaj hakkını ortadan kaldırması, hekimin sorumluluğunu gündeme getirmektedir.

²¹⁸ Çaha, Havva, Elemeci Kürtaj: Öjenizmin Yeni Yüzü, İş Ahlakı Dergisi, Sayı: 7, Yıl: 2, 2014, s. 61-69.

²¹⁹ Kiziroğlu, s. 181.

Yabancı hukukta istenmeyen doğum davası olarak adlandırılan, hekimin istenmeyen gebeliği engellemek için tedbir alma konusunda kendi kusuru ile başarısız olması durumlarında, ebeveynlerin kürtaj hakkına engel olarak özürlü bir çocuk dünyaya getirmelerine sebep olan hekimden, doğum nedeniyle yapacakları masrafların talep edilebileceği kabul edilmektedir. Amerikan Hukuku'nda, istenmeyen yaşam nedeniyle tazminat taleplerinin, illiyet bağının bulunmaması, zararın yokluğu yahut zararın ölçülemez olması sebepleri ile red edildiği görülmektedir. Yalnızca üç eyalette (New Jersey, California, Washington), ceninin özürlü doğması sebebi ile fazladan yapılan harcamaların tazmin edilebileceği kabul edilmektedir. Çocuğun özürlü olarak doğmaktansa hiç doğmamayı tercih edebileceği, bu nedenle fazladan yaptığı harcamaların hekimden tazmin edebileceği kabul edilmektedir. Alman Hukuku'nda Yüksek Mahkeme, hekimin bu konuda özen yükümlülüğünü ihlal etmesinin haksız fiil açısından dikkate alınacak bir davranış olmaması, insan yaşamının üst düzeyde korunması, hekimin yaşatma görevinin çocuğun özürlü doğup doğmamasına bağlı olmayacağı ve çocuğun yaşamasının zarar olarak nitelendirilemeyeceği sebepleri ile tazminat taleplerini red etmiştir. İsviçre Hukuku çocuğun özürlü doğması sebebi ile yapılan veya yapılacak harcamaların haksız fiil hükümlerine göre tazminin istenebileceğini kabul etmektedir²²⁰.

Fransa'da dört yaşındaki çocuğunun kızamıkçık hastalığına yakalanması üzerine anne Josette Perruche, hamile olduğunu ve kendisinin de kızamıkçık hastalığına yakalanması durumunda çocuğun özürlü doğmaması için kesinlikle kürtaj yaptıracağını söylediği bir olayda, yapılan testler pozitif çıkmasına rağmen hekim doğumun yapılmasında bir sakınca bulunmadığını belirtir ancak, çocuk ciddi nörolojik hastalıklarla, iki kulağı da sağır ve sağ gözünde körlük ile kalbinde de bazı sorunlarla doğmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17 Kasım 2000 tarihinde verdiği kararında; olayda hekimin ve kızamıkçık testlerini gerçekleştiren laboratuvarın kusurlu davranışlarıyla annenin hamileliğini sona erdirme seçeneğini kullanmasına engel olduklarını, bunun da özürlü bir çocuğun dünyaya gelmesine yol açtığı için ebeveynlerin zararlarının yanı sıra, çocuğun uğradığı zararının da tazmin edilmesi

²²⁰Aydın, Tülay, Kişilik Haklarının Doğum Önesinde Korunması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s. 74-83. (Kişilik Haklarının Doğum Öncesinde Korunması).

gerektiği sonucuna varmıştır. Fransız kamuoyunda bu karara karşı oluşan olumsuz düşüncelerin etkisiyle kanun koyucu, 4 Mart 2002 tarihli Anti-Perruche Kanunu olarak da bilinen bir yasal düzenleme ile özürlü olarak dünyaya gelen çocuğun kendi adına tazminat talep edemeyeceğini, anne ve babanın tazminat taleplerinin ise hekimin ağır kusuruna bağlı olacağını belirtmiştir. Bu düzenleme ile ödenecek olan tazminatın türü ve miktarına da bir sınırlama getirilerek, ödenecek miktar manevi tazminatla sınırlı tutularak, çocuğun yaşam boyu ihtiyaç duyacağı tüm bakım giderleri kapsam dışında tutulmuştur²²¹.

Belirtmek gerek ki; her ne kadar hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranışı hukuka aykırı olsa ve hekimin bu davranışı kusurlu bulunsa da, hekimin bu hukuka aykırı ve kusurlu davranışı neticesinde meydana gelen bir zarar yoktur. Kaldı ki, hekimin teşhis yükümlülüğü doğumu engelleme hakkı vermez. Yaşama hakkının Anayasa'da üstün bir hak olarak korunuyor olması sebebi ile özürlü doğan çocuğun, bu şekilde yaşamaktansa ölümü tercih ederek manevi tazminat talebinde bulunulabilmesi de mümkün değildir. Öğretide de, özürlü doğan çocuğun haksız fiil hükümlerine göre tazminat taleplerinin, tazmini mümkün bir zarar olmaması ve hukuken korunan bir menfaatin de bulunmaması sebebi ile reddedilmesi gerektiği kabul edilmiştir.²²²

Yargıtay ise öğretideki görüşlerin aksine, 2002 yılında vermiş olduğu bir kararında; hekim ile özürlü doğan çocuk ve ebeveynleri arasında vekalet ilişkinin bulunduğu, vekilin özen yükümlülüğü gereği hafif kusurundan dahi sorumlu olduğu ve dolayısıyla tüm zararların tazmin edilmesi gerektiği kanaatine varmıştır²²³.

3.3.6.1.3. Tıbbi Zorunluluğun Hukuki Mahiyeti

Tıbbi zorunluluk kavramının hukuki mahiyetine ilişkin pek çok tartışma bulunmaktadır. Tıbbi zorunluluğun bir hukuka uygunluk sebebi olduğu yönünde

²²¹ Özcan, Cem, Perruche Davası ve Doğum Öncesi Teşhis Hatası Nedeniyle Tazminat, TAAD, Sayı: 21, 2015, s. 110-115.

²²² Aydın, s. 83-85. (Kişilik Haklarının Doğum Öncesinde Korunması)

²²³ Aydın, Tülay, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.12.2002 Tarihli Kararının İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 64, Sayı: 2, 2006, s. 327-342.

görüşler bulunduğu gibi, kusurluluğu kaldıran bir hal olduğu ve hatta somut olayın durumuna göre bazen hukuka uygunluk sebebi, bazen mazeret olduğunu kabul edenler de bulunmaktadır²²⁴.

Bir görüşe göre; TCK madde 99/2’de yer alan “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.” düzenlemesine göre çocuk düşürtme fiili, tıbbi zorunluluk bulunması halinde cezalandırılabilir bir fiil olmaktan çıkmaktadır. Genel hükümlerde yer alan zorunluluk hali düzenlemesi ile de aynı sonuca varmak mümkün iken, kanun koyucunun bu durumu madde metninde özel olarak düzenlemesinin sebebi; aslında bir zorunluluk hali olan durumun, tipikliğe dahil edilmesidir. Dolayısıyla suça ilişkin bir değerlendirme yapılırken, ilk önce olayda tıbbi bir zorunluluğun olup olmadığı incelenecek, bu da tipikliğe ilişkin bir inceleme olacaktır²²⁵. Bu konudaki bir diğer görüş; tıbbi zorunluluk durumunun fiili hukuka uygun hale getirdiği yönündedir. Bu görüş taraftarlarına göre; on haftadan fazla gebeliklerde tıbbi zorunluluk, fiili hukuka uygun hale getirmektedir²²⁶. Son olarak, kanundaki bu düzenlemenin kusurluluğu kaldıran bir hal olduğu ve dolayısıyla TCK madde 25/2 gereği faile ceza verilmeyeceği görüşünde olanlar da vardır²²⁷.

TCK madde 25/2’de;

Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

denilmektedir. Maddenin gerekçesinde, zorunluluk halinin kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olarak düzenlendiği açıkça belirtilmiştir. Bununla beraber; CMK madde 223/3,b uyarınca; somut olayda bir zorunluluk halinin bulunması halinde

²²⁴ Koca/Üzülmez, s. 333.

²²⁵ Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray, Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007, s. 219-220.

²²⁶ Dönmez, s. 119-121.

²²⁷ Hakeri, s. 701.

kusurun bulunmaması, dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği belirtilmiştir.

Ancak ne var ki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na bakıldığında, zorunluluk halinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığına ilişkin düzenleme mevcuttur. Nitekim "Hukuka Aykırılığı Kaldıran Haller" başlıklı 63. maddesine göre;

Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz.

Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.

Görüldüğü üzere; her ne kadar TCK'da zorunluluk hallerinin varlığı halinde kusurluluğun ortadan kalkacağı ve ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği belirtilmiş olsa da, TBK'nın 63. maddesinde, zorunluluk halinde fiilin hukuka aykırı olmayacağını ve bu durumun bir hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu kabul edilmiştir.

Hukuka uygunluk; bir fiilin sadece ceza kanunları için değil, tüm hukuk düzenince hukuka uygun kabul edilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla bir fiili Özel Hukuk bakımından hukuka uygun, Ceza Hukuku bakımından hukuka aykırı olarak nitelendirmek mümkün değildir²²⁸. Ancak ne var ki TBK'da zorunluluk halinin varlığı halinde fiilin hukuka uygun kabul edilmesi, bu kurala aykırılık teşkil edecektir. Bununla beraber, kanun koyucu TBK'nın "Sorumluluk" başlıklı 64. maddesinde; "Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hakim hakkaniyete göre belirler." denilerek hakkaniyet oranında yaptırım uygulandığı görülmekte olup, yaptırıma maruz kalan bir fiilin hukuka uygun olmayacağı aşikardır. Dolayısıyla bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere; TBK anlamında da zorunluluk halinin, kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olarak düzenlendiği açıktır²²⁹.

²²⁸ Koca/Üzülmez, s. 257.

²²⁹ Cebre, Ayvaz, Zorunluluk Hali, TAAD, Cilt: 1, Sayı: 8, Yıl: 3, 2012, s. 237-239.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 8. maddesinde; kadının hayatını yahut hayati organlardan birini tehdit eden acil hallerin neler olduğu düzenlenmiştir. Buna göre; Rahim tahliyesini gerektiren acil haller şunlardır:

- a. Servikal internal os kapalı olsa bile, kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanamalar,
- b. Servikal internal osun açık olduğu haller,
- c. Uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesi.

Yine sayılan bu hallerde de zorunluluk hali söz konusu olacaktır.

Tıbbi zorunluluk halinde yetkisiz kimse tarafından gerçekleştirilen rahim tahliyesinin, hukuka aykırı olup olmadığı da incelenmesi gereken ayrı bir konudur. Bir görüş; tıbbi zorunluluğun TCK madde 25/2 anlamında başka suretle korunma olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak tehlike oluşturması halinde, müdahalede bulunan kişi yetkisiz olsa dahi bu kişi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği yönündedir²³⁰.

Kanaatimizce; tıbbi zorunluluk kusurluluğu ortadan kaldıran bir haldir. Dolayısıyla çocuk düşürtme fiili, yetkisiz hekim tarafından gerçekleştirilse dahi failin kusurluluğu ortadan kalkacağından, yaptığı fiil haksız ancak mazur görüleceğinden, cezalandırmaya yer olmadığından bahsedilebilecektir. Bu durum özellikle de küçük yerlerde kadın doğum uzmanlarının sayısının az olması sebebi ile tıbbi zorunluluk yahut acil durumlarda başka bir hekimin bu fiili gerçekleştirilmesi halinde görülebilir²³¹. Kaldı ki, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 3. maddesine göre, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun her hekimin, acil vakaların gerektirdiği tıbbi müdahaleleri yapması hukuki bir yükümlülüktür. Mücbir sebep istisnası dışında bu ilkeye aykırı davranılması hekimin sorumluluğunu gerektirir.

²³⁰ Topaç, s. 161.

²³¹ Doğan, s. 110.

NPHK ile buna istinaden düzenlenen tüzüğe bakıldığında, sadece yetkili/yetkisiz kişiler değil, aynı zamanda rahim tahliyesi yapılacak yerler, bu yerlerde bulunması zorunlu araç, gereç ve personele ilişkin düzenlemelerin de yapıldığı görülmektedir. Örneğin; 3 sayılı liste uyarınca, on haftayı geçen gebelikler için rahim tahliyesinin yapılacağı yerde;

ameliyathane ve anestezi araç ve gereçleri; sezaryen yapmak için gerekli tıbbi ve cerrahi malzeme; intraamniotik hipertonic solüsyon vermek için gerekli araç gereç; kürtaj seti; elektrikli ya da elektriksiz vakum aspiratör; otoklav ve elektrikli sterilizatör; uterotonikler, kanama durdurucu ilaçlar, intravenöz sıvı seti, enjektör, steril eldiven vb. diğer tıbbi araç ve gereçler; anestezi uzmanı ya da teknisyeni; gerekli diğer ameliyathane personeli; canlandırma araç ve gereçleri

bulunmalıdır. Belirtilen bu yerler dışında yahut araç, gereç ve personel olmaksızın gebeliğin sonlandırılması halinde ise, her ne kadar bu kimseler yetkili olsa da görevi kötüye kullanma yahut meydana gelen neticeye göre kasten/taksirle öldürme ya da kasten/taksirle yaralama suçlarından sorumlu tutulacaklardır²³².

3.3.6.2. Suç Sonucu Gebe Kalınması

Kadının suç sonucu gebe kalması sosyal ve psikolojik yönden pek çok olumsuzluklara yol açacağından, yasa koyucu bazı şartların gerçekleşmesi halinde on haftadan fazla gebeliğin sonlandırılmasına izin vermektedir. Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, gebelik yirmi haftadan fazla değilse ve kadının rızası varsa, ceninin düşürtülmesi halinde faile ve gebe kadına ceza verilmez. Ancak yasal olarak gebeliğin uzman hekimler tarafından, hastane ortamında sona erdirilmesi şarttır.

Mülga 765 sayılı Ceza Kanunu'nda, suç sonucu gebe kalınmasına ilişkin bir düzenleme mevcut değildi. Ancak 765 sayılı Ceza Kanunu'nun 472/1. maddesinde, çocuk düşürtme suçunun kişinin kendisinin ya da akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için işlenmiş olması halinde, faile verilecek cezanın yarıdan üçte ikiye kadar indirilmesi öngörülmüştü. 5237 sayılı TCK'da ise böyle bir düzenleme mevcut değildir.

²³² Topaç, s. 177.

Alman Ceza Kanunu'nun 218 a maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemeye göre; hekimin, gebeliğin suç sonucu olduğu ve bunun on iki haftadan fazla olmadığı yönünde kuvvetli kabulünün söz konusu olduğu durumlarda, gebe kadının rızası ile gebelik haline son verilmesi suç oluşturmayacaktır²³³.

İngiliz Ceza Kanunu, bu konuda en uzun gebelik süresi düzenlemesine sahiptir. Suç sonucu gebe kalınması halinde yirmi dört haftaya kadar gebeliğe son verilmesi mümkündür²³⁴.

İtalya'da suç sonucu gebe kalınmasına ilişkin bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, 22 Mayıs 1978 tarihli, Lohusalığın ve Gebeliğin Rızai Olarak Kesintiye Uğratılmasının Sosyal Korunması Hakkında Kanununun, 4. ve 8.maddeleri uyarınca, fiziki veya psikik sağlığı veya ekonomik, sosyal veya ailevi şartlar nedeniyle de gebeliğin ilk doksan gününe kadar gebe kadın rızasıyla kanunla konulan bir kamu danışmanına, bir bölge sosyal sağlık kuruluşuna veya güvendiği bir hekime başvurarak gebeliğe son verilmesini isteyebilmektedir²³⁵.

TCK'nın 2003 tarihli Tasarısında suç sonucu gebe kalınması halinde gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin yapılan düzenlemede süre sınırı yer almıyorken, 2004 tarihli Tasarıda yirmi dört haftalık süre belirlenmiş ve nihayet Adalet Komisyonu'nda yapılan tartışmalar sonucunda bu süre yirmi haftaya kadar geri çekilmiştir²³⁶.

Burada önemli bir husus; suç sonucu gebe kalan kadının hamileliğinin sona erdirilmesi durumunda ceza verilmemesinin hukuki mahiyetinin ne olduğudur. Bir görüşe göre bu durum; özel bir hukuka uygunluk nedenidir ve kanun koyucu bu fiili suç saymamıştır²³⁷.

²³³ Dönmez, s. 135.

²³⁴ https://en.wikipedia.org/wiki/Abortion_in_the_United_Kingdom (Son Erişim: 13.03.2016).

²³⁵ Gülşen, Recep, Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008, s. 1212.

²³⁶ Can, s. 99.

²³⁷ Kızıroğlu, s. 182.

Gebe kadın açısından da farklı görüşler yer almaktadır. Bir görüşe göre; gebe kadın açısından burada kusurluluğu ortadan kaldıran bir zorunluluk hali söz konusudur ve kadının içinde bulunduğu zorunluluk halinden açıkladığı rızaya dayalı olarak hekim de yararlanmaktadır²³⁸. Diğer bir görüşe göre; kadının mağduru olduğu bir suçtan dolayı gebe kalması halinde, süresi yirmi haftayı geçmemiş olması halinde ve kadının rızası olmak koşulu ile gebeliği sona erdiren uzman hekime ceza verilmeyecektir ve burada bir şahsi cezasızlık sebebi söz konusudur²³⁹.

Gebeliği sonlandıran hekim açısından, CMK'nın 223/4. maddesi kapsamında işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı nedeni ile yetkili hekime ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır²⁴⁰. Bir diğer görüş; burada ceza verilmemesini gerektiren nitelikli bir unsur olduğu yönündedir²⁴¹.

Kanaatimizce; suç sonucu gebe kalınması halinde, gebe kadının rızası varsa, yirmi haftaya kadar gebelik sona erdirebilmekle birlikte, söz konusu fiil gebe kadının rızasına rağmen suç olma vasfını korumakta ve hukuka aykırı olmaktadır. Nitekim fiil tipe uygun ve fail fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama ve algılama yeteneğine de sahiptir. Ancak kanun koyucu burada fiilin suç olma özelliğini korumasına rağmen, ceza verilmeyeceğinden bahsettiğine göre, ortada kusurluluğu kaldıran özel bir zorunluluk hali söz konusu olacaktır.

Hekim açısından bu durumun şahsi cezasızlık sebebi olması ise mümkün değildir. Nitekim şahsi cezasızlık sebepleri; tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiilin varlığına rağmen, failde mevcut olan bazı şahsi nitelikler, durumlar veya ilişkilerin varlığı nedeniyle, failin cezalandırılmaması sonucunu doğurur²⁴². Burada cezasızlık sebebi kendisinde bulunan kişi; suç sonucu gebe kalan kadın olmasına rağmen,

²³⁸ Hakeri, s. 714.

²³⁹ Kitapçioğlu, s. 324.

²⁴⁰ Şahin, Yalçın, CMK 223 De Belirtilen Kararlar- Şablonlar, <http://hukuksalkonular.blogspot.com.tr/2012/02/cmk-223-de-belirtilen-kararlar.html>, (Son Erişim: 18.12.2015).

²⁴¹ Ercan, İsmail, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul 2016, s. 86.

²⁴² Koca/Üzülmez, s. 362-363.

gebeliği sona erdiren yetkili hekimdir. Bu sebeple, yetkili hekim açısından şahsi cezasızlık sebebinden bahsedilemez.

Gebe kadın açısından ise yine şahsi cezasızlık sebebinden bahsedilemeyecektir. Nitekim şahsi cezasızlık sebepleri, hukuki nitelikleri gereği suçun işlenmesi anında failde var olan bir takım durum ve özellikler sebebi ile failin cezalandırılmasını engelleyen sebeplerdir. Dolayısıyla, somut olayda şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde dahi, ortada tüm unsurları ile oluşmuş bir suç mevcuttur ve failin de kusuru vardır. Ancak buradaki durum zorunluluk hali ve dolayısıyla failin kusurlu olmamasından ötürü cezalandırılmaması durumudur.

Kadının suçun mağduru olması da ancak kesinleşen bir mahkeme kararı ile mümkün olacaktır. Ancak kararın kesinleşmesini beklerken öngörülen yirmi haftalık sürenin de Türkiye'deki yargılama süreci düşünüldüğünde aşılabacağı aşıkardır. Alman Ceza Kanunu'nun 218/a (3). maddesine göre; hekim, mağdureye karşı bu suçun işlendiğini ve gebeliğin bu eyleme dayandığını kuvvetle muhtemel görüyor ise, rahim tahliyesini gerçekleştirebilecektir. Ancak bu şartlar yanında hekimin elinde gebeliğin böyle bir eyleme dayandığına dair kesin deliller olmalıdır ²⁴³.

Doktrinde ise bu konuda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş; gebeliğin suç dolayısıyla gerçekleştiğini tek başına hekimin saptayamayacağını, adli tıp raporunun da alınması ve tespitin bilirkişi raporu ile de desteklenmesi gerektiğini ve soruşturma aşamasında savcıdan, sulh ceza hakiminden bu yönde karar vermesi için talepte bulunulması gerektiğini, isnat edilen suçun gerçekliğinin ve adliyeye intikal etmiş olup olmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir²⁴⁴. Diğer bir görüş; cumhuriyet savcısınca toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, kamu davası açılın ya da açılmasın, gebeliğin suç sonucu oluştuğu kanaatine varmak gerektiği yönündedir²⁴⁵. Son olarak, gebeliğin suç sonucu oluştuğu konusunda yeterli şüphe kavramına başvurmanın, işin mahiyeti gereği mümkün olmadığı, burada tıbbi bir

²⁴³ Kama, s. 15.

²⁴⁴ Kitapçioğlu, s. 326.

²⁴⁵ Artuç, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, 1. Baskı, Ankara 2008, s. 549.

sorunun (çocuğun kimden olduğu) söz konusu olduğu, suç mağduru kadının psikolojisi ve toplum gerçekleri düşünüldüğünde, durumun adli makamlara iletilemeyeceği, dolayısıyla gebe kadının suça maruz kaldığına dair şüphenin yeterli görülmesi ve hekimin bu konudaki tıbbi kanaatine itibar edilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır²⁴⁶.

Kanaatimizce; sadece hekimde bu suçun oluştuğuna yönelik kanaat yeterli kabul edilmemeli ve suçun adli makamlara ihbar edilmiş olması da aranmalıdır. Bu şekilde hekim suç sonucu gebe kalındığını adli makamlara sorarak öğreneceğinden, ceza yaptırımı ile de karşı karşıya kalmayacaktır. Ancak ne var ki, suç mağduru kadının içinde bulunduğu durum sebebiyle bu olayı gizlemesi gibi hallerde, adli makama başvurmak sonuç doğurmayacaktır. Fakat bazı olaylarda adli makamlara başvurulma şartının aranması dahi yeterli olmayacaktır. Bir örnekle açıklamak gerekirse; reşit olmayanla cinsel ilişki suçu işlendiğinden bahisle cenin aldırıldıktan sonra, açılan kamu davasından sanık beraat ederse, geri dönüşü olmayan sıkıntılar ortaya çıkacaktır. Bu gibi zararların oluşmaması için kesinleşmiş mahkeme kararını beklemek ise maddenin uygulanmasını pratikte imkansız kılacaktır.

Uygulamada bu hallerde savcılıktan alınan bir yazı ile hekimler çocuk düşürtebilmektedir. Savcılık ise kendisine yapılan ihbar veya yürütülen soruşturma ya da açılan kamu davasını esas alarak bir yazı vermektedir²⁴⁷.

Kanun, suç sonucu gebe kalınmasını aradığı için kadının, cinsel saldırı (TCK madde 102/2), çocukların cinsel istismarı (TCK madde 103/2), yahut reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK madde 104) sonucu gebe kalması gerekir. Kanun koyucu gebe kadının yaşı yahut medeni hali ile ilgili herhangi bir düzenleme getirmemiştir.

Belirtmek gerekir ki bu kapsama alenen cinsel ilişki suçu sonucu hamile kalma durumu girmeyecektir. Nitekim kanun koyucusöz konusu düzenleme ile mağduru olduğu bir

²⁴⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 339.

²⁴⁷ Kitapçioğlu, s. 325.

suç sonucu gebe kalan kadının yirmi haftaya kadar gebeliğini sonlandırmasına izin vermektedir. Oysaki alenen cinsel ilişki suçunda gebe kadın suç failidir.

Her ne kadar suç sonucu gebelik yirmi haftaya kadar kadının rızası ile sonlandırılabilse de, gebeliğin yirmi haftayı aşması durumlarında, yasa koyucu gebeliğin sonlandırılmasına izin vermemektedir. Bu gibi durumlarda gebeliğin sonlandırılmasına izin veren gebe kadın ve gebeliği sonlandıran hekim, TCK'nın 99/2. maddesi gereği cezalandırılacaktır²⁴⁸.

Madde metninde yer almasa da, suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasında da gebe kadının sağlığı açısından bir tehlike yaratmaması şartının aranması gerekmektedir. Nitekim gebelik süresinin yüksek olduğu da düşünüldüğünde, gebe kadının ölümüne yahut ağır sağlık problemlerine yol açacak şekilde gebeliğin sonlandırılması düşünülemez²⁴⁹. Ancak tabiki bunun için kanunda düzenleme yapılması gerekmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere; suç sonucu gebe kalınması halinde eş rızası aranmayacaktır. Nitekim TCK'nın 99. maddesinin 6. fıkrası sadece kadının rızasına sonuç bağlamakta, kocasının iznini düzenlememektedir²⁵⁰. Kaldı ki, NPHK'nın "Gebeliğin Sona Erdirilmesinde İzin" başlıklı 6. maddesinde de; "4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir." denilmekle, eş rızasının yalnızca, gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar, annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine yapılacak rahim tahliyesi işlemleri ile tıbbi zorunluluk durumlarını kapsadığı görülmektedir.

Suç sonucu gebe kalınması durumlarında, TCK'nın 99/6. maddeden yararlanabilmek için; hekimin kadın-doğum alanında uzman olması ve müdahalenin de hastane ortamında yapılması gerekir. Hekimin kadın-doğum alanında uzman olamaması ya da

²⁴⁸ Gülşen, s. 1221.

²⁴⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 295.

²⁵⁰ Tek, s. 67.

müdahalenin kadının rızasına rağmen hastane ortamında yapılmaması durumunda nasıl bir yaptırım uygulanacağı ise kanunda düzenlenmemiştir. Her ne kadar madde metninde açıkça düzenlenmemiş olsa da, hekim kadın-doğum konusunda uzman değilse yahut müdahale hastane ortamında yapılmamışsa, o takdirde yapılan müdahale zaten hukuka aykırı olacaktır. Bu sebeple her ne kadar suç sonucu gebe kalırsa da, hekim ve gebe kadın TCK'nın 99/2 ve 99/5. maddeleri kapsamında cezalandırılabilir. Ancak elbette bunun için bu konuda bir düzenlemeye gidilmesi, kanunilik ilkesi gereği şarttır. Bununla birlikte bu hal TCK'nın 61. maddesi kapsamında temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurularak, kadın açısından alt sınırdan ceza tayini düşünülebilir²⁵¹. Burada değerlendirme yapılırken mevcut durumda zorunluluk halinin bulunup bulunmadığı da değerlendirilmelidir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere; gebelik süresi yirmi haftayı geçerse, o takdirde suç sonucu gebe kalırsa dahi çocuk düşürtme suçu oluşacak ve gebeliği sonlandıran hekim ve buna izin veren gebe kadın cezalandırılacaktır. Gebeliğin kaç hafta olduğu konusunda tereddüt yaşıyorsa, o halde "Şüpheden Sanık Yararlanır" kuralı gereği, suçun oluşmadığı kanaatine varılarak, CMK madde 223/2, d gereği sanığın beraatine karar vermek gerekir.

Burada yirmi haftalığa ulaşmış gebeliğin sonlandırılmasının, ceninin yaşama hakkının ihlali niteliğinde olup olmadığı tartışmalıdır. Ceninin yaşama hakkına sahip olduğunun kabulü halinde; cenine atanacak bir kayyım ile kürtaja engel olunabileceği düşünülmektedir. Bu görüşte olanlar; ceninin hayatının ancak annenin hayatının tehlike altında bulunması gibi zaruret hallerinde, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebebin varlığı ile sonlandırılabilirliği yönündedir. Aksi görüşte olanlar; ceninin hayat hakkının bulunup bulunmadığı hususunda TMK'da bir hükmüm mevcut olmadığını, Anayasa'da ve diğer kanunlarda yer alan hükümlerin cenini dolaylı olarak ve ceninin yaşama hakkını değil ümidini koruduğunu, hayat hakkının cenin, sağ ve tam doğumla ortaya çıktığını, sağ ve tam doğumun, kişiliğin başlaması için geciktirici şart olduğunu belirtirler²⁵².

²⁵¹ Gülşen, s. 1226.

²⁵² Ürem, Müge, Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar, Sağlık Hukuku Makaleleri-II, İstanbul Barosu Yayınları,

İslam Hukukunda, cenine karşı müdahaleleri sınırlayan ve buna aykırı davrananları cezalandıran bir sistem benimsenerek, cenin yaşama hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir²⁵³.

Yakın tarihli bir karar ile örnek vermek gerekirse; tecavüz sonrası hamile kalan on altı yaşındaki bir annenin kürtaj istemi, sulh ceza mahkemesi tarafından, ceninin yaşam hakkının ihlali olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Hastaneye gittiğinde on altı haftalık hamile olduğu anlaşılan mağdur için gebelik süresi on haftayı aştığından, savcılıktan izin alınması gerektiği belirtilmiştir. Savcı, kürtaj kararının verilmesi için; dosyayı sulh ceza mahkemesine gönderir, ancak mahkeme yaşama hakkının devlet tarafından korunduğu, günümüzde ceninin yaşam hakkına sahip olduğu, anne yönünden tıbbi zorunluluk olmadığı sürece gebeliğin sonlandırılmasının, yaşam hakkının ihlali sayılacağı gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir. Kararda kürtajın yapılması için gereken şartlar ise şöyle sıralanmıştır: Nüfus planlanması kanuna göre, gebelik annenin isteği üzerine onuncu haftadan önce sonlandırılabilir. Onuncu haftadan sonra ise; annenin hayatını tehdit etmesi ve doğacak çocuk veya gelecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde, alınacak bir raporla kürtaj yapılır. Ancak hekim bu kürtaj sonrası yirmi dört saat içinde, müdahale yapılan kadının kimliğini ve müdahale gerekçesini sağlık ve sosyal yardım müdürlükleri ile hükümet tabipliklerine bildirmek zorundadır.²⁵⁴

Dosyanın itiraz üzerine bir üst mahkemeye gönderilmesi ile asliye ceza mahkemesi, olayda 24 Kasım 1997 doğumlu olan F.T.'nin 16-17 haftalık hamile olduğu, tanımadığı bir kişinin saldırısına uğradığını iddia ettiği, bu iddia üzerine meçhul şahıs hakkında soruşturma başlatıldığı, kadının mağduru olduğu bir suç nedeniyle hamile kaldığı ihtimali ve mağdurun ve ailesinin bebeği istememesi hususu da dikkate alınarak tam teşekküllü hastanede, uzman hekimler tarafından annenin sağlığı da tehlikeye

2012, s. 91-92.

²⁵³ Dirik, Mehmet, İslam Hukukunda Cenin Öldürme Suçunun Cezası, Bilimname Dergisi, Sayı: 23, 2012, s.189.

²⁵⁴http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/30489/Mahkeme_tecavuz_magduru_kiza_izin_ver_medi....html 17.01.2014 (Son Erişim: 10.10.2015).

sokulmayacak şekilde kürtaj yapılmasına karar vermiştir. Hakim kararına gerekçe olarak TCK'nın 99. maddesinin 6. fıkrasında yer alan, "Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez" düzenlemeyi göstermiştir²⁵⁵.

Söz konusu kararı yorumlamak gerekirse; öncelikle, ceninin yaşama hakkının olup olmadığı ve bu hakkın AİHS'nin 2. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususlarının incelenmesi gerekmektedir.

Yaşama hakkı, sözleşmenin ikinci maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre herkes, yaşama hakkına sahiptir. AİHM. ceninin yaşama hakkının sözleşmenin ikinci maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda, önceleri bir karar vermektense ziyade, çekingen kalmış ve bu değerlendirmeyi devletlerin takdir yetkisine bırakmıştır. Sonrasında ise, sözleşmenin yaşama hakkının düzenlendiği ikinci maddesinin cenini kapsamadığı sonucuna ulaşmıştır.

Boso-İtalya davasında, kocası istemediği halde ilgili iç hukuku izin verdiği cihetle kadın kürtaj olmuştur. Mahkeme bu davada, ceninin ikinci madde kapsamında korunmaya hak kazanıp kazanmadığını tespit etmeyi gerekli görmemiştir²⁵⁶.

Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi ise yaşama hakkını, gebelikten itibaren koruma altına almaktadır²⁵⁷. Yani bu durumda, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre; yaşamın başlangıç anı doğum değil, cenin sıfatının kazanılmasından itibaren başlıyor.

Buna örnek olarak Keeler kararı verilebilir. Eski eşinin karnına diziyle gerçekleştirdiği darbe sonucu ceninin kafatasında çatlak meydana gelir ve cenin ölü doğar. İddia makamı söz konusu durumda, ceninin tek başına hayatını sürdürme yeteneği bulunan ve yaşama şansı yüksek bir canlı olması sebebi ile insan öldürme suçunun konusunu

²⁵⁵ <http://www.gazetevatan.com/haberlerimiz-olmasa-doguracakti--602355-gundem/> (Son Erişim: 12.12.2015).

²⁵⁶ Kocabaş, s. 44-45.

²⁵⁷ Dönmez, s. 139.

oluşturabileceği yönünde soruna yaklaşmıştır. Yüksek Mahkeme bu konuda, ünlü bir İngiliz hukukçusunun, insan öldürme suçunun oluşabilmesini doğumun gerçekleşmesine bağlı olduğu yönündeki görüşüne katılarak, ceninin sağ olarak doğmadığı sürece, adam öldürme suçunun konusunu oluşturamayacağı yönünde karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, adam öldürme suçunun düzenlendiği madde metninin lafzından, ceninin öldürülmesini kapsamadığını belirtmiştir. Devamla yargı organının, yasamanın yerine geçerek suç ihdas etme gibi bir yetkisinin olamayacağını, dolayısıyla madde metninin geniş yorumlanarak yeni bir suç yaratılmasının kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğunu ve hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin açık ve net olması gerektiğini, somut olayda gerçekleştirilen fiilin suç teşkil ediyor olmasının Keeler tarafından öngörülemeyeceğini belirtmiştir²⁵⁸.

Alman doktrininde hakim görüş; yaşama hakkının korunmasında doğumun başlangıç anını esas almaktadır. Bu andan önceki durumlarda, anne karnındaki cenin kasten öldürme suçunun konusunu oluşturmaz²⁵⁹.

Görüldüğü üzere; Amerika Birleşik Devletleri'nde, gebeliğe son verilmesinin ceninin yaşama hakkını ihlal edip etmediği konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Belirtmek gerekir ki; AİHS'nin 2. maddesinde de belirtildiği üzere; herkes yaşama hakkına sahiptir. Dolayısıyla yaşama hakkından söz edebilmek için, kişiliğin kazanılması gerekir. Kişilik daha önceden de belirttiğimiz gibi tam ve sağ doğum ile kazanıldığından, ceninin yaşama hakkından söz edilemeyecektir. Aksinin kabulü, cenine karşı işlenen suçun çocuk düşürtme ve düşürme değil, kasten öldürme suçu olarak nitelendirilmesine ve bu suç kapsamında ceza verilmesine sebep olur. Kaldı ki, Ceza Kanunu'nun öldürme suçu bakımından insan olma şartı aradığı ve cenine yönelik işlenen fiillerin, TCK madde 99 ve 100 kapsamında değerlendirildiği aşikardır.

²⁵⁸http://www.academia.edu/13738017/%C4%B0nsan_%C3%96ld%C3%BCrme_Su%C3%A7lar%C4%B1nda_Su%C3%A7un_Konusu_Olarak_Cenin_Durumu_ve_California_Y%C3%BCksek_Mahkemesi_Taraf%C4%B1ndan_Veilen_Keeler_Karar%C4%B1n%C4%B1n_Bu_Kapsamda_%C4%B0ncelenmesi (Son Erişim: 31.01.2016).

²⁵⁹ Olgun, Eser, Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi, <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/viewFile/5000001567/5000000662> (Son Erişim: 12.12.2015).

Nitekim Yargıtay içtihatları da bu yönde olmakla, TMK anlamında kişiliğin doğumla kazanıldığı, ceninin henüz doğmamış olması sebebiyle TCK'nın 81. maddesi kapsamında mağdur olarak nitelendirilemeyeceği açıktır.²⁶⁰

3.3.7. Kastı Kaldıran ve Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda, hekim kadının gebe olduğu konusunda hataya düşmüş ise, o takdirde suçun konusu olmadığından işlenemez suç gündeme gelecektir.

Hekim, gebeliğin on haftadan fazla olduğu konusunda hataya düşmüş olabilir. Bu suç kapsamında cezaya hükmedilebilmesi için, hekimin gebeliğin on haftadan fazla olduğunu ve gebe kadının rızasının bulunduğunu bilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla gebeliğin süresinde düşülen hata kastı kaldıracağından, on haftaya kadar olduğu bilinen gebeliğin, rıza ile sonlandırılması da suç oluşturmayacağından, faili cezalandırmamak gerekecektir²⁶¹.

Belirtmek gerekir ki; hekim on haftadan fazla gebeliği, gebe kadının rızası olduğunu düşünerek sonlandırmış, ancak gerçekte rıza yoksa, yine bir hata durumu söz konusu olacaktır. Ancak yine yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalarla da sabit olduğu üzere, 99. maddenin 2. fıkrasında "rıza dayalı olsa bile" denildiği için, kanun koyucu on haftadan fazla gebeliklerde rızaya hukuki bir sonuç bağlamamış, tıbbi zorunluluk haricinde on haftadan fazla gebeliğin sonlandırılmasını her halükarda suç kabul etmiştir²⁶².

²⁶⁰ "... Türk Medeni Kanunu'nda kişilik hakkının doğumla kazanılması esasına paralel bir şekilde ceza hukukunda da ceninin henüz doğmuş olmaması sebebiyle 81. madde kapsamında mağdur olmasının söz konusu olmadığı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre kişi ancak sağ doğmuş olmak şartıyla kasten öldürme suçunun mağduru olabilmektedir. Türk Medeni Kanunu'ndaki hak ehliyetinin ceninin ana rahmine düşürüldüğü ana kadar geri götürülmesi çözümü hayat hakkı açısından öngörülmemiştir. Nasıl ki kişilik çocuğun sağ olarak doğması ile başlıyorsa, hayat hakkı da ceza hukuku bağlamında sağ olarak doğma anından itibaren tanınmaktadır..." Y.9.CD. T: 25.12.2008 E: 2008/18229 K: 2008/13979 (www.kazanci.com.tr).

²⁶¹ Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 737.

²⁶² Kiziroğlu, s. 179.

Rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen çocuk düşürtme suçunun, hata konusunda diğer suçlardan farklı bir özellik arz etmediğini belirtmek isteriz.

3.3.8. Teşebbüs

Rıza ile çocuk düşürtme suçuna da teşebbüs mümkündür. Ancak yine teşebbüsün gerçekleşebilmesi için icra hareketlerinin başlamış olması ve failin elinde olmayan nedenlerle hareketini tamamlayamaması yahut neticenin gerçekleşmemesi gerekmektedir.

Gebe kadının ve hekimin tıbbi zorunluluk bulunmamasına rağmen on haftadan fazla bir gebeliği sonlandırma konusunda anlaşmaları, henüz icra hareketleri niteliğinde olmadığından, hazırlık hareketi niteliğindeki bu fiil cezalandırılmayacaktır. Nitekim kanunumuzda bazı suçlar hariç (rüşvetvs.) tarafların anlaşması cezalandırılmamaktadır.

3.3.9. İştirak

Bu suçun faili; hem gebeliği sonlandıran hekim, hem de buna izin veren gebe kadının kendisidir. Bunun dışında kalan herkes, çocuğun düşürtülmesine elverişli araçları sağlayarak yardım eden sıfatıyla ya da kişiyi bu suça azmettirerek, azmettiren sıfatıyla sorumlu tutulacaktır.

Bu suçun yetkili olmayan hekim tarafından gerçekleştirilmesi, nitelikli hal olarak kabul edildiğinden, TCK madde 99/2 gereği verilecek cezada, TCK madde 99/5 gereği arttırım yapılacaktır.

Yukarıda da açıkladığımız üzere, hekim dışındaki kişiler çocuk düşürtme suçunun işlenişine katılırlarsa, o takdirde yetkili/yetkisiz hekim TCK madde 99 anlamında çocuk düşürtme suçunun faili, diğer kişi ise bu suçun yardım eden yahut azmettiren sıfatıyla şeriki olacaktır. Eğer hekim olmayan kişi, fiilin icrasını hekimle beraber gerçekleştirirse, o takdirde hem TCK'nın 87-2,e maddesinde yazılı suçun faili olacak, hem de hekimin TCK madde 99 kapsamında işlediği çocuk düşürtme suçuna yardım eden olarak şerik sıfatını kazanacaktır. Bu durumda failliğin şerikliğe önceliği kuralı

gereği, hekim olmayan kişiyi sadece TCK madde 87/2, e'den dolayı, yani neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan, fail sıfatıyla sorumlu tutmak gerekecektir²⁶³.

3.3.10. İçtima

Rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen çocuk düşürtme suçunda da, rızaya rağmen ceninin düşürtülmesi için gerçekleştirilen fiiller, gebe kadın açısından aynı zamanda kasten yaralama fiilini oluşturmaktadır. Nitekim kanun koyucu tarafından, on haftalığı geçen gebeliğin annenin sağlığı ve yaşamını tehlikeye sokması sebebiyle, rızaya rağmen suç olarak kabul edilmiştir. Ancak ne var ki yine yukarıda da açıkladığımız üzere özel-genel norm kuralı gereği, faili ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı sorumlu tutmayız.

Tekrardan kaçınmak adına, şartların gerçekleşmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin ve fikri içtimanın bu suç için de uygulanabileceğini belirtmekle yetinmekteyiz.

3.3.11. Yaptırım

Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, on haftadan fazla gebe bir kadının çocuğunu düşürten yetkili hekime, kanunda iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Gebeliğin sona erdirilmesine rıza gösteren kadın da, bu madde kapsamında cezalandırılacaktır. Kadına maddede seçimlik ceza öngörülmüştür. On haftadan fazla gebeliğin sona erdirilmesine rıza gösteren gebe kadın, bir yıla kadar hapis yahut adli para cezası ile cezalandırılacaktır.

5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, 19.12.2006 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla TCK'nın 61. maddesine 9. fıkra olarak yeni bir fıkra eklenmiş ve adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda, bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz şeklinde düzenleme getirilmiştir.

²⁶³ Koca, Kısırlaştırma Suçu, s. 54.

Bu düzenlemeden önce, TCK madde 52/1 gereği adli para cezası beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanıyordu.

Bu durumda 5560 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce işlenen suçlar açısından alt sınır beş gün, bu tarihten sonra işlenen suçlar açısından alt sınır belirtilmediğinden, hapis cezasının alt sınırı, TCK'nın 49. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; kanunda aksi belirtilmeyen hallerde süreli hapis cezası bir aydan az yirmi yıldan fazla olamaz. Bu durumda adli para cezası için alt sınır, süreli hapis cezasının alt sınırı olan 30 gündür. Üst sınır ise yine 5560 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce işlenen suçlar açısından 730, sonra işlenen suçlar açısından bu suç için 365 gün olacaktır.

Bu durumda hakim, fail hakkında ya bir yıla kadar hapis cezasına, ya da 30 gün ile 365 gün arasında adli para cezasına hükmedecektir. Bunu yaparken de gebeliğin süresi, gebe kadının sağlığı, gebeliği sonlandırma gerekçesi, pişmanlığı gibi hususları da göz önüne alarak, sonuç cezanın belirlenmesinde takdir hakkını kullanacaktır.

TCK'nın 50. maddesinin 2. fıkrası gereği, adli para cezasının hapis cezası ile seçenek yaptırım olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedildikten sonra bunu adli para cezasına çevirme imkanı yoktur. Kanun koyucu hakime bu konuda takdir hakkı vermemiştir. Nitekim bu cezalar seçenek yaptırım olarak öngörüldüğü için, hakim bunlardan birini seçme imkanına sahipken önce hapis cezasına hükmedip, sonrasında bunu adli para cezasına çevirirse kendisiyle çelişmiş olacaktır. Tabi ki kısa süreli hapis cezasını, kanunda öngörülen diğer seçenek yaptırımlardan birine çevirmesi mümkündür²⁶⁴.

Gebe kadın hakkında kısa süreli hapis cezasına hükmedilmişse, diğer koşulları da barındırması halinde, bu cezanın ertelenmesi de mümkündür. Ayrıca TCK madde 53/4 gereği, kısa süreli hapis cezası ertelenmiş ise faile belirli hakları kullanmaktan yoksun

²⁶⁴ Koca/Üzülmez, s. 557.

bırakılma tedbiri uygulanmaz. Aynı şekilde diğer şartları da mevcutsa, kısa süreli hapis cezası uygulanmış olduğundan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması da mümkündür.

Gebeliği sonlandıran hekim hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüş olduğundan, TCK madde 50 gereğince seçenek yaptırımlardan birine çevrilemez. Hekim, iki yıl hapis cezasına mahkum edilir ve diğer şartları da sağlarsa, erteleme müessesesinin uygulanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkündür.

TCK'nın 99. maddesinin 4. fıkrası uyarınca; gerçekleştirilen fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, hekim üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne yol açması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Ayrıca TCK madde 99/5 gereği, fiilin yetkili olmayan hekim tarafından gerçekleştirilmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında arttırılacaktır.

Hapis cezasına mahkumiyetin bir sonucu olarak fail, TCK madde 53 gereği belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılacaktır. Ayrıca TCK madde 53/5 gereği, görevin kendisine verdiği yetkileri kötüye kullanmak suretiyle söz konusu suç işlendiğinden, aynı maddenin beşinci fıkrası gereği, ayrıca cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanımı yasaklanır.

Yine müsadereye ilişkin yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

3.3.12. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

3.3.12.1. Genel Olarak

Maddede tanımlanan suçun soruşturulması ve kovuşturulması herhangi bir şarta bağlanmamış olduğundan, soruşturma ve kovuşturması re'sen yapılmaktadır.

4483 sayılı Kanun gereği, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar söz konusu olduğunda, bu kimselerin soruşturulmaları izne bağlıdır.

3.3.12.2. Dava ve Ceza Zamanaşımı

Çocuk düşürtme suçunu düzenleyen 99. maddenin 2. fıkrası ve 5. fıkrasının ilk cümlesinde yer alan suç için öngörülen failin alabileceği en yüksek ceza miktarı üzerinden zamanaşımı süresi hesaplanacaktır. Kanunda öngörülen sürelerin dolması halinde kamu davası düşecektir.²⁶⁵

Kamu görevlilerinin ve memurların soruşturulması izne bağlı olduğundan, iznin verilmesine kadar TCK'nın 67. maddesine göre dava zamanaşımı duracaktır. Yahut maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen hallerin gerçekleşmesi halinde dava zamanaşımı süresi kesilecektir.

Yine TCK madde 68'de öngörülen sürelerin geçmesi halinde ceza infaz edilemez. TCK madde 71'de düzenlenen hallerin gerçekleşmesi halinde ceza zamanaşımı kesilecektir.

3.3.12.3. Görevli ve Yetkili Mahkeme

5235 sayılı kanununun 10. maddesine göre; kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak kaydıyla 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.

²⁶⁵ "...Saniğa isnat olunan çocuk düşürtme suçunun zamanaşımı süresi TCK'nın 99/2. maddesi öngörülen cezanın üst sınırı itibarıyla ve TCK'nın 66/2. maddesi uyarınca suç tarihinde 15-18 yaş grubunda olan sanık için 5 yıl 4 aylık zamanaşımına tabi bulunduğu ve sorgu tarihi olan 18.7.2008'den inceleme tarihine kadar bu sürenin gerçekleştiği anlaşıldığından, 5320 Sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilmek suretiyle hükmün CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden aynı Kanununun 322/1 ve 5271 Sayılı CMK'nın 223/8. maddeleri uyarınca sanık hakkındaki davanın zamanaşımı sebebiyle DÜŞMESİNE, 24.3.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi..." Y.24.CD. T: 23.03.2014 E: 012/5729 K: 2014/3810 (www.kazanci.com.tr).

Asliye ceza mahkemeleri ise, kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere bakmaktadır.

Ağır ceza mahkemesinin görevi 12. madde düzenlemiştir. Buna göre; Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, TCK'da yer alan yağma (madde 148), irtikap (madde 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (madde 204/2), nitelikli dolandırıcılık (madde 158), hileli iflas (madde 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.

Görevli mahkeme, kanunda öngörülen cezanın miktarı göz önüne alındığında, gebe kadın açısından; sulh ceza mahkemesi, yetkili hekim açısından; asliye ceza mahkemesi olabilecekken, yetkili mahkeme ise CMK'nın 12. maddesi gereği, suçun işlendiği yer mahkemesi yani çocuk düşürtme fiilinin yapıldığı yer mahkemesidir.

Yetkili mahkeme CMK'nın 13. maddesi gereği, suçun işlendiği yer mahkemesi belli değil ise, şüpheli veya sanığın yakalandığı yer, yakalanmamışsa yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır. Şüpheli veya sanığın Türkiye'de yerleşim yeri yoksa Türkiye'de en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Mahkemenin bu suretle de belirlenmesi olanağı yoksa maddenin üçüncü fıkrası gereği, ilk usul işleminin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır.

6545 sayılı TCK ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile, sulh ceza mahkemeleri kaldırıldığından, artık asliye ceza mahkemeleri görevli olacaktır.

3.3.12.4. Suçun Yurtdışında İşlenmesi ve Kovuşturulabilme Şartları

Türkiye'de on haftalığı geçen gebeliğin sonlandırılması yasak olmasına rağmen, buna izin veren ülkelerde gebeliğin sonlandırılması durumunda nasıl bir cezalandırma yöntemi uygulanacağı da önemli bir konudur. Bir gebe kadın, TCK'ya göre öngörülen gebelik süresinin üstünde bir gebeliği, yurt dışında sona erdirirse nasıl bir yaptırım uygulanacağı konusuna da burada değinmek isteriz.

Özellikle kürtajın yasak olduğu İrlanda'da, kadınların başka ülkelere ve genellikle İngiltere'ye giderek, burada gebeliklerini sonlandırdıkları görülmektedir. Nitekim İrlanda'da, kadın için hayati tehlike bulunmadığı sürece gebeliğin sonlandırılması suçtur ve bu suç ömür boyu hapis cezası yaptırımına bağlanmıştır²⁶⁶. Örneğin; İspanya'da 22, İngiltere'de 24, Portekiz'de 16, Hollanda'da 13 ve İtalya'da 12 haftaya kadar kürtaja izin verilmektedir²⁶⁷. Polonya gibi kürtajın hem dinen hem de kanunen yasaklandığı ülkelerde vatandaşlar, kürtaj için yurt dışına gitmek zorunda kalmaktadır²⁶⁸.

Gebe kadın Türkiye'de yasak olması sebebiyle, on haftadan fazla gebeliğini kendi rızasıyla yurt dışında sonlandırırca, hakkında adli makamlara yapılan ihbar yahut şikayet bulursa ve Türkiye'de dönse dahi cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Nitekim, TCK'nın "Seçimlik cezalarda soruşturma" başlıklı 14. maddesine göre; fail ve mağdura göre şahsiliğin düzenlendiği 11 ve 12. maddelerinde belirtilen hallerde, hapis cezası ile adli para cezasından birinin uygulanması seçimlik sayılmış ise soruşturma ve kovuşturma açılmaz. Maddenin gerekçesine bakıldığında;

11. ve 12. maddelerde suçun hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi bir soruşturma ve kovuşturma koşulu olarak gösterilmiştir. Hapis veya adli para cezasından birinin uygulanması hakim takdirine bağlı bulunan seçimlik cezalı fiiller, genellikle vehamet arz etmeyen suçlardan olduklarından, yabancı ülkede işlenmeleri halinde soruşturma veya kovuşturma koşulunun gerçekleşmemiş sayılacağı maddede belirtilmiştir.

denilmiş olup, bu düzenleme karşısında gebe kadının yurt dışında gerçekleştirmiş olduğu on haftanın üzerindeki gebeliği sonlandırma eyleminden cezalandırılmayacağı belirtilmiştir.

²⁶⁶ <http://www.milliyet.com.tr/kurtajin-yasak-oldugu-irlanda-dan-turkiye-ye-uyari/gundem/gundemdetay/05.06.2012/1549540/default.htm> (Son Erişim: 10.10.2015).

²⁶⁷ <http://www.hthayat.com/yasam/guncel/haber/1006362-hangi-ab-ulkesi-kurtaja-kac-haftaya-kadar-izin-veriyor> (Son Erişim: 10.10.2015).

²⁶⁸ <http://www.polonyadan.com/2012/10/14/polonyada-kurtaj/> (Son Erişim: 10.10.2015).

3.4. On Haftaya Kadar Olan Gebeliğin Yetkisiz Hekim Tarafından Sonlandırılması Suçu

3.4.1. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler

TCK'nın 99. maddesinin 5. fıkrasında; rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun, yetkili olmayan kimseler tarafından düşürtülmesi suç olarak tanımlanmış ve bu hallerde fail hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Belirtmek gerekir ki, kanundaki bu düzenleme yalnızca on haftaya kadar olan gebeliğin yetkili olmayan hekim tarafından sonlandırılması halleri için öngörülmüştür. Nitekim yukarıda yaptığımız açıklamalarla da sabit olduğu üzere, on haftaya kadar gebeliğin yetkili hekim tarafından sonlandırılması yahut gebe kadın tarafından sonlandırılması hallerinde, ceza kanunu uyarınca suç oluşmadığından sorumluluk da söz konusu olmayacaktır.

Ancak ne var ki kanun koyucu, gebe kadının rızası bulunsa bile, bu müdahalenin yetkili olmayan kişi tarafından gerçekleştirilmesini, annenin sağlığı açısından zararlı bulduğundan, ayrı bir fıkra düzenleme altına almıştır.

3.4.2. Korunan Hukuki Değer

Söz konusu müdahalenin, kadın-doğum alanında uzman olmayan hekimlerce gerçekleştirildiği düşünüldüğünde, gebe kadının sağlık ve yaşam hakkının korunan hukuki değerler arasında olduğu sabittir.

3.4.3. Suçun Unsurları

3.4.3.1. Tipikliğin Maddi Unsurları

3.4.3.1.1. Fail

Madde metninde, yetkili olmayan kimse ibaresi kullanıldığına göre, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te sayılanlar dışında kalanlar, rahim tahliyesine yetkisiz olduklarından, bu suçun faili olarak cezalandırılacaklardır.

Tüzük'teki düzenlemeye bakıldığında, on haftayı geçmeyen gebeliklerde rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları yahut kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetiminde, Bakanlık tarafından açılan eğitim merkezlerinde kurs gören pratisyen hekimler tarafından, menstrüel regülasyon yöntemiyle yapılabilir.

Burada gebeliğin sonlandırılmasına yönelik müdahaleyi yapan tüm üçüncü kişilerin ve bu arada hekim dışındakilerin de, bu madde kapsamında cezalandırılacağı düşünülmektedir²⁶⁹. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, bu suç özgü suçlar arasında yer aldığından ve yalnızca hekimler tarafından işlenebileceğinden, hekim dışındakiler TCK madde 87/2, e kapsamında cezalandırılacaktır. Bu durumda, TCK madde99/5'in ilk cümlesinde yer alan düzenleme, Tüzük'ün 3. madde kapsamı dışında kalan hekimlerdir.

3.4.3.1.2. Mağdur

Mağdur bu suçta gebe kadının kendisidir. Nitekim söz konusu işlem yetkili kimse tarafından yapılmadığından, gebe kadının sağlığı ve yaşamı tehlike altına girebilecektir. Kanun koyucu bu hükümlerle, yetkisiz hekim tarafından gerçekleştirilecek müdahaleye rızası olsa dahi gebe kadını koruma altına almış ve gebe kadın hakkında herhangi bir yaptırım öngörmemiştir. Yani söz konusu fiil, gebe kadının rızasına rağmen suç olma vasfına sahiptir.

3.4.3.1.3. Suçun Konusu

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin müdahale cenin üzerinde gerçekleştirildiğinden, yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, suçun konusunu cenindir.

Kanun koyucu bu suçta gebeliği on haftayla sınırlamıştır. Dolayısıyla, on haftaya kadar olan gebeliğin yetkisiz hekim tarafından düşürtülmesi halinde, faile TCK madde 99/5, c.1 gereği ceza verilecektir. Gebeliğin on haftadan fazla olması halinde ise, TCK madde 99/1 yahut 99/2 gereği verilecek cezada, madde 99/5 gereği arttırım yapılacaktır.

²⁶⁹ Dönmez, s. 133.

3.4.3.1.4. Fiil

Gebeliğin sonlandırılmasına yönelik her türlü fiil, bu kapsamda suç oluşturacaktır. Belirtmek gerekir ki; teoride hastane ortamında yetkili hekimlerin kullandığı yöntemlerle müdahalede bulunulabileceği gibi, herhangi bir alet yahut ilaçla da bu suç işlenebilir. Nitekim burada önemli olan fiilin nasıl gerçekleştirildiği değil, fiili gerçekleştirenin yetkili olmaması ve gerçekleştirilen icrai hareket neticesinde ceninin düşürtülmesidir. Ancak yine tekrarlamak gerekirse, yetkisiz de olsa gebeliğin sonlandırılması işlemi bir hekim tarafından gerçekleştirileceğinden, biz bu suçun daha çok cerrahi müdahale ile işlenebileceği kanaatindeyiz.

3.4.3.1.5. Netice

Madde metninde, gebelik süresi on haftayı doldurmamış bir kadının çocuğunun düşürtülmesi ibaresi kullanıldığına göre, yine yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda, suçun oluşması için fiilden ayrıca bir neticenin, yani ceninin düşürtülmesi sonucunun arandığı sabittir. Aksi takdirde suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

3.4.3.1.6. Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet

Yine bu suçun neticeli suçlar arasında yer almasının bir sonucu olarak, failin fiili ile netice arasında nedensellik bağının bulunması gerektiği açıktır.

Bununla beraber yine yukarıda da belirttiğimiz üzere, nedensellik bağının varlığı ile birlikte, somut olayda bu bağı kesecek a-tipik bir gelişmenin olmaması, failin olayın gelişimi üzerinde hakimiyet kurabilmesi, fail tarafından yaratılan tehlikenin, tipte öngörülen neticede gerçekleşmesi ve neticenin normun koruma alanı dışında olmaması gerekmektedir²⁷⁰.

3.4.3.2. Tipikliğin Suçun Manevi Unsuru

Bu suçun oluşabilmesi için; failin kasten hareket etmesi gerekir. Nitekim suçun taksirli şekli de kanunda ayıca düzenlenmemiştir. Bu durumda fail yetkisiz olduğunu, gebelik

²⁷⁰ Koca/Üzülmez, s. 133.

süresinin on haftayı doldurmadığını bilmeli ve gebeliğin sonlandırılmasına yönelik fiili gerçekleştirmelidir.

Failin gebeliği sonlandırmada yetkili olmadığını ve gebelik süresinin on haftayı doldurmadığını bilmesi ise, ancak doğrudan kastın varlığını gerektirdiğinden, bu suçun olası kastla işlenmesi de mümkün değildir.

3.4.3.3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Kanun koyucu tarafından, bu suç için bir hukuka uygunluk sebebi öngörülmemiştir.

TCK'nın 99. maddesinin 5. fıkrasının birinci cümlesindeki düzenleme, rızanın varlığına rağmen on haftaya kadar olan gebeliğin yetkili olmayan hekim tarafından sonlandırılması hallerini kapsamaktadır. Hal böyle olunca rızanın varlığı, burada bir hukuka uygunluk sebebi değil, suçun maddi unsurudur. Nitekim, gebe kadının rızası olmaksızın on haftaya kadar olan gebeliğin yetkisiz hekim tarafından düşürtülmesi halinde, TCK madde 99/1 uyarınca çocuk düşürtme suçu oluşacağından, bu madde gereği tayin edilecek ceza, TCK madde 99/5'in 2. cümlesi uyarınca yarı oranında arttırılarak uygulanacaktır.

3.4.4. Suçun Nitelikli Halleri

Kanun koyucu, yetkisiz hekim tarafından on haftayı doldurmamış olan gebeliğin sonlandırılmasını suç olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemede herhangi bir nitelikli hal öngörülmemiştir.

Belirtmek gerekir ki, fıkranın ikinci cümlesinde düzenlenen nitelikli hal, maddenin diğer fıkralarında yer alan fiillerin yetkisiz kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde uygulanmaktadır. Nitekim maddenin diğer fıkralarına baktığımızda, gebe kadının rızası olmaksızın çocuğun düşürtülmesi ve tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, on haftadan fazla gebeliğin sonlandırılması suç olarak tanımlanmış ve fiillerin yetkisiz kişi tarafından yapılması, nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu suçun oluşabilmesi için, fiilin zaten yetkisiz hekim tarafından gerçekleştirilmesi

gerektiğinden, hekimin yetkisiz olması bir nitelikli hal olarak değil, suçun failinin bir özelliği olarak düzenlenmiştir²⁷¹.

3.4.5. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri

Kanun koyucu neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri yalnızca, maddenin birinci ve ikinci fıkrasında yer alan suçlar için öngörmüştür. Yekili olmayan hekim tarafından gerçekleştirilen müdahaleden sonra, gebe kadının ölmesi ya da yaralanması gibi ağır bir neticenin meydana gelmesi halinde fail, hem TCK madde 99/5 maddesinde, hem de manevi unsura göre taksirle yahut olası kastla öldürme ya da yaralama suçlarından sorumlu tutulacaktır²⁷².

3.4.6. Kusurluluğu Etkileyen Haller

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere; özellikle küçük yerlerde acil müdahale edilmesi gereken bir durumun varlığı halinde, kadın doğum uzmanının olmaması ve müdahale edilmezse gebe kadının ölüm riskinin olması durumunda, yetkisiz hekimin gerçekleştirdiği fiil zorunluluk halinin varlığından ötürü cezalandırmayı gerektirmeyecektir²⁷³.

3.4.7. Kastı Kaldıran ve Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri

Bu suçun oluşabilmesi için, failin gebeliği sonlandırma konusunda yetkisiz olduğunu bilmesi gerekmektedir. Nitekim on haftaya kadar olan gebeliğin yetkili hekim tarafından sonlandırılması, fiili hukuka uygun hale getirmektedir. Burada fail kendisini yetkili sanarak bu müdahaleyi gerçekleştirilmiş olabilir. Ancak ne var ki bu durum, pratikte pek de mümkün değildir.

Fail on haftaya kadar olan gebeliğin yetkisiz hekim tarafından sonlandırılmasının suç olduğu noktasında hataya düşmüş olabilir. Bu durumda bu hatanın kaçınılmaz nitelikte olup olmadığı değerlendirilecektir.

²⁷¹ Erdem, s. 1655.

²⁷² Topaç, s. 173.

²⁷³ Doğan, s. 110.

3.4.8. Teşebbüs

Mahiyeti gereği bu suçta teşebbüs mümkündür. Elverişli hareketlerle suçun işlenilmesine başlanması ancak elde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlanamaması yahut ceninin düşürülmesi neticesinin gerçekleşmemesi hallerinde, fail teşebbüsten dolayı cezalandırılacaktır.

Yetkisiz hekimin, suç olan fiili gerçekleştirmekten gönüllü olarak vazgeçmesi durumunda da, kendisine ceza verilmeyecektir.

3.4.9. İştirak

Yetkili olmayan hekim, bizzat suç konusu üzerinde fiilini gerçekleştirdiğinden, bu kişi dışında kalanlar, azmettiren yahut yardım eden olarak suçun işlenişine iştirak edebilirler. Nitekim bu suç da ancak yetkili olmayan hekim tarafından işlenebileceğinden, özgü suçlar arasında yer almaktadır.

Yetkili ve yetkili olmayan hekim, fiil üzerinde birlikte hakimiyet kurar yani; fiili birlikte gerçekleştirirlerse, on haftaya kadar olan gebeliğin kadının rızasının bulunması halinde yetkili hekim tarafından sonlandırılması herhangi bir suç oluşturmayacağından, yetkili hekime bu halde ceza verilmez. Ancak her kişi kendi fiilinden sorumlu olduğundan, on haftaya kadar gebeliği sonlandıran yetkisiz hekim, bu madde kapsamında cezalandırılacaktır. Yetkisiz hekim fiilin işlenişine yardım ederse, şeriklik için ancak kasten işlenen, hukuka aykırı bir fiilin varlığı arandığından, yetkili hekim tarafından on haftaya kadar olan gebeliğin sonlandırılması, hukuka aykırı bir fiil oluşturmadığından, yardım eden yetkisiz hekim sorumlu olmayacaktır²⁷⁴.

3.4.10. İctima

Bir kadına karşı, tek bir suç işleme kararı çerçevesinde, çocuk düşürtme suçunun birden fazla işlenmesi halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.

²⁷⁴ Koca/Üzülmez, s. 459.

Çoğul gebeliklerde yine yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda, cenin suçun mağduru kabul edilmediğinden gebe kadına karşı tek bir suç işlenmiş sayılacaktır. Yetkisiz hekim tarafından yapılan bu müdahale gebe kadının sağlığı açısından daha çok risk oluşturacağından, bu durum TCK madde 61 gereği cezanın alt sınırını belirlemede göz önünde bulundurulabilir.

3.4.11. Yaptırım

Kanun koyucu, rızaya dayalı olsa bile gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir ceninin yetkili olmayan hekim tarafından düşürtülmesi halinde, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörmüştür.

Bu suç için öngörülen cezanın alt sınırı iki yıl olduğundan, faile iki yıl hapis cezası verilmesi ve diğer şartların varlığı halinde cezanın ertelenmesi mümkün olabilecektir. Sanık hakkında iki yıl hapis cezasına hükmedilirse hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir, ancak bu suç için kısa süreli hapis cezası öngörülmediğinden, seçenek yaptırımlardan birine çevrilemez.

Hapis cezasına mahkumiyetin bir sonucu olarak fail, TCK'nın 53. maddesi gereği belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılacaktır. Ayrıca TCK madde 53/5 gereği, görevin kendisine verdiği yetkileri kötüye kullanmak suretiyle söz konusu suç işlendiğinden, aynı maddenin beşinci fıkrası gereği ayrıca cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanımı yasaklanır. Ancak cezası ertelenen fail hakkında bu madde hükmü uygulanmayacaktır.

3.4.12. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

3.4.12.1. Genel Olarak

Maddede tanımlanan suçun soruşturulması ve kovuşturulması herhangi bir şarta bağlanmamış olduğundan, re'sen yapılmaktadır.

4483 sayılı Kanun gereği, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar söz konusu olduğunda, bu kimselerin soruşturulmaları izne bağlıdır.

3.4.12.2. Dava ve Ceza Zamanaşımı

TCK'nın 99. maddesinin beşinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan suç için öngörülen ceza; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasıdır. Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda, dava ve ceza zamaşımı hükümleri uygulanacaktır. Tekrardan kaçınmak adına, önceden yapmış olduğumuz açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

3.4.12.3. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Görevli mahkeme, kanunda öngörülen cezanın miktarı göz önüne alındığında, asliye ceza mahkemeleridir. Yetkili mahkeme ise; CMK'nın 13. maddesi gereği, suçun işlendiği yer mahkemesi belli değil ise, şüpheli veya sanığın yakalandığı yer, yakalanmamışsa yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır. Şüpheli veya sanığın Türkiye'de yerleşim yeri yoksa, Türkiye'de en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Mahkemenin bu suretle de belirlenmesi olanağı yoksa, maddenin üçüncü fıkrası gereği, ilk usul işleminin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır.

BÖLÜM 4

ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇU

4.1. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler

TCK'nın 100. maddesi, "Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur." şeklindeki düzenlemeyi içermektedir.

Kanun koyucu bu düzenleme ile gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesini yaptırma bağlamıştır.

4.2. Korunan Hukuki Değer

Bir görüşe göre; bu suçun ihdas edilmesiyle korunması istenen hukuki değer, rahimdeki ceninin varlığını sürdürüp gelişimini tamamlayarak doğabilme hakkı, yani ceninin gelecekteki yaşama hakkıdır²⁷⁵.

Bir diğer görüş; öncelikle ceninin yaşama hakkının ve devletin nüfus politikasının korunduğunu, bununla birlikte gebe kadının kendi sağlığı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunmasını engellemeye yönelik olarak gebe kadının sağlığının da korunan hukuki değerler arasında olduğu yönündedir²⁷⁶.

Kanaatimizce; on haftadan fazla gebeliğin gebe kadın tarafından sonlandırılması yaptırma bağlanılarak, bir taraftan ceninin gelecekteki yaşama hakkı koruma altına alınırken, diğer taraftan kadının kendi vücudu üzerindeki tasarruf hakkına bir sınırlama getirilip, on haftadan fazla gebeliğin sonlandırılmasının kadının sağlığı üzerindeki olumsuz etkileri de göz önüne alınarak, kadının sağlığı ve yaşamı koruma altına alınmıştır. Tüm bunlarla birlikte babanın cenin yani doğacak çocuk üzerindeki

²⁷⁵ Kızıroğlu, s. 184.

²⁷⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 306.

haklarının ve neslin devamlılığının da korunan hukuksal değerler arasında olduğu açıktır.

Gebeliğin on haftadan az olması durumunda ise, gebe kadının kendisi gebeliğini sona erdirebilecektir. Kanun koyucu bu şekilde gebe kadına, onuncu haftaya kadar anne olup olmama hususunda tercih yapma hakkı tanımıştır. Yasa koyucu tarafından kendisine tanınan süre geçtikten sonra yapılan çocuk düşürtme eylemleri, bu madde kapsamında suç sayılmıştır.

4.3. Suçun Unsurları

4.3.1. Tipikliğin Maddi Unsurları

4.3.1.1. Fail

Burada işlenen fiil, gebe kadının bizzat kendisinin on haftadan fazla gebeliğine son vermesidir. Bu suç ancak gebe kadının kendisi tarafından işlenebileceğinden, özgü suçlar arasında yer almaktadır. Gebe kadın dışında kalan kişiler ise, suçun işlenişine azmettiren yahut yardım eden olarak katılabilirler.

Onuncu haftayı dolduran ceninin, gebe kadın dışında rızası olsun olmasın, yetkili yahut yetkisiz hekim tarafından düşürtülmesi halisi ise, bu madde kapsamında değil, somut duruma göre TCK madde 99 kapsamında değerlendirilecektir.

4.3.1.2. Mağdur

Bu suçta mağdur kimilerine göre; gebe kadının rahmindeki on haftayı dolduran cenindir²⁷⁷. Daha önce de belirttiğimiz üzere; TCK'ya göre ancak gerçek kişiler suç mağduru olabilir. TMK anlamında da cenin ancak tam ve sağ doğumla kişilik kazanacağından, hukuk düzenince kişi olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla cenin, bu suçun mağduru olamaz.

²⁷⁷ Kızıroğlu, s. 185.

İngiliz Hukukunda da bizim hukuk sistemimizde olduğu gibi, cenine anneden tam ve sağ doğmadıkça tam kişilik hakları tanınmaz. Dolayısıyla, cenin her ne kadar kanun tarafından korunsun da, bu koruma doğmuş bir insana göre daha farklıdır²⁷⁸.

Diğer taraftan teoride bir kişi aynı suçun hem faili hem de mağduru olamaz²⁷⁹. O halde, bu suçun faili gebe kadının kendisi olduğuna göre, aynı zamanda suçun mağduru da olamayacaktır. Yine rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda, kanaatimizce bu suçun mağduru da ceninin düşürtülmesi ile beraber kişilik hakları zedelenen babadır. Ancak baba bu suçun işlenişine rıza gösterir yahut suçun işlenişine katılırsa, artık mağdur kabul edemeyeceğimizden, neslin devamlılığında faydası olan herkesi suçun mağduru kabul etmek gerekecektir.

4.3.1.3. Suçun Konusu

Çocuk düşürme suçunun konusunu; çocuğun düşürtülmesine yönelik fiil yahut fiillerin üzerinde gerçekleştirildiği cenin oluşturmaktadır. Bu suçun oluşabilmesi için, ilk olarak cenin sıfatının kazanılması gerekir. Tekrardan kaçınmak amacıyla, cenin sıfatının kazanılmasına ilişkin yukarıda yer alan açıklamalarımıza atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

Yine kadının fail olabilmesi için; gebelik ön şarttır ve gebeliğin on haftayı geçmesi gerekmektedir. Nitekim kanun koyucu yalnızca, on haftayı geçen gebeliğin anne tarafından sonlandırılmasını suç olarak düzenlemiştir. On haftaya kadar olan gebelik ise, kanundaki düzenleme uyarınca, gebe kadın tarafından herhangi bir sebeple yahut her hangi bir şekilde sonlandırılabilir.

Burada önem arz eden bir diğer husus; kadının suç sonucu gebe kalması halinde, on haftadan fazla ve fakat yirmi haftadan az gebeliğini kendi imkanlarıyla sonlandırır, cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Bir görüş; her ne kadar TCK madde 99/6 suç sonucu gebe kalan kadına, çocuğunu aldırması için yirmi haftalık bir gebelik süresi

²⁷⁸ Dönmez, s. 107.

²⁷⁹ Koca, Kısırlaştırma Suçu, s. 109.

tanımış olsa da, bunun ancak hastane ortamında yapılmış olması bir cezasızlık sebebi olduğundan, gebe kadının çocuk düşürme suçundan sorumlu tutulması gerektiği yönündedir²⁸⁰.

Kanaatimizce de; kanun maddesinde bu suç lafzıyla gebeliğin yetkili hekim tarafından, hastane ortamında sonlandırılması şeklinde düzenlenmiş olduğundan, suç sonucu gebe kalırsa dahi, gebeliğin gebe kadının kendisi tarafından sağlığını ve yaşamını tehdit edecek şekilde sonlandırmasını, kanun koyucu koruma altına almamaktadır. Ancak bunun için, kanunilik ilkesi gereği açık bir düzenleme yapılmalıdır. Bununla birlikte zorunluluk halinin burada da uygulanması mümkündür. Somut olayda gebeliğin sonlandırılmasının kanunda öngörülen şekilde yapılamamasının sebebi zorunluluk halinden kaynaklanıyorsa, zaten fail kusurlu kabul edilmeyeceğinden cezalandırılmayacaktır.

4.3.1.4. Fiil

Gebe kadının rahmindeki canlı ceninin ölmesi neticesini doğuracak her türlü hareket, bu kapsamda suç oluşturmaktadır. Daha önceki suçlarda olduğu gibi burada da yasa koyucu özel bazı hareketlerin yapılmasını aramadığından, çocuk düşürme suçu serbest hareketli bir suçtur. Kaldı ki, burada fail bizzat gebe kadının kendisi olduğundan, gebeliğini ilaç yahut ceninin düşmesi neticesine yol açacak bitki çayları içerek yahut yüksek bir yerden kendisini atıp karnının üstüne düşerek ya da bir takım aletlerle sonlandırabilir.

4.3.1.5. Netice

Gebe kadının gerçekleştirdiği fiil neticesinde mutlaka ceninin düşürülmesi arandığından, bu suç neticeli suçlar arasındadır. Yine yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir.

²⁸⁰ Ertuğrul, s. 376.

4.3.1.6. Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet

Gebe kadını bu suçtan dolayı sorumlu tutabilmemiz için, gerçekleştirdiği fiil ile çocuğun düşmesi neticesi arasında nedensellik bağının da bulunması şarttır. Yani gerçekleşen netice mutlaka failin fiilinin eseri olmalıdır.

Cenin, fiilin gerçekleştirilmesinden evvel anne karnında ölmüşse, o halde suçun konusu olmadığından işlenemez suç söz konusu olur.

4.3.2. Tipikliğin Manevi Unsurları

Çocuk düşürme suçunun manevi unsuru kasttır. Suçun taksirle işlenilmesi hali ise kanunda ayrıca düzenlenmediğinden, bu suçun taksirli şekli cezalandırılmayacaktır. Bununla birlikte madde metninde “...isteyerek düşürme” ifadesi yer aldığından bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir²⁸¹.

Burada, gebe kadının çocuğunu isteyerek düşürdüğüne dair kesin ve inandırıcı delillerin elde edilmesi şarttır. Aksi takdirde kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilecektir. Yargıtay 2011 yılında vermiş olduğu bir kararında da bu hususa değinmiştir²⁸².

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, biz çocuk düşürme suçunun da ancak doğrudan kastla işlenebileceği kanaatindeyiz. Kanun metninde isteyerek ifadesi yer alsa da, buradaki

²⁸¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 308-309.

²⁸² “Oluş ve dosya içeriğinden, şüpheli hakkında çocuk düşürme suçundan kamu davasını açmayı gerektirir her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı kanıt elde edilemediğinden kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verildiği anlaşılma ile beraber, müşteki ile evli olan şüphelinin 17.7.2009 tarihinde 28 haftalık hamile olduğu, müşteki ile tartışması üzerine evi terk eden şüphelinin sağlık kontrollerine gitmemesi üzerine hamilelik takibini yapan Bağlar Aile Sağlık Merkezi ebesi ile yaptığı telefon görüşmesinde 19.9.2009 tarihinde evde düşük yaptığını söylediği, müştekinin C. Savcılığına yaptığı şikayet üzerine Isparta Devlet Hastanesinde düşük yaptığı ve çocuğu aldıkları şeklinde çelişkili beyanlarda bulunması üzerine yapılan araştırmada ilgili hastaneye herhangi bir müracaatının bulunmadığı anlaşılma ile bu büyüklükte bir gebeliğin düşükle sonlanıp sonlanamayacağı, erken doğum halinde bebeğin canlı veya ölü olup olmadığı ve delillerin takdir ve münakaşasının mahkemesince değerlendirilmesi gerektiği gözetilerek itirazın kabulü ile kovuşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin kararın kaldırılarak kamu davasının açılmasına karar verilmesi gerekirken red kararı verilmesi, Yasaya aykırı, Adalet Bakanlığının kanun yararına bozma istemine dayanan Yargıtay C.Başsavcılığının ihbarname içeriği bu nedenle yerinde görüldüğünden Akşehir Ağır Ceza Mahkemesinin 20.5.2010 gün ve 2010/490 değişik iş sayılı kararının (BOZULMASINA), müteakkip işlemlerin mahallinde yapılmasına, evrakın Yüksek Adalet Bakanlığına gönderilmesi için Yargıtay C.Başsavcılığına tevdiine...” Y.8.CD. T: 05.04.2011 E: 2010/14557 K: 2011/2772 (www.kazanci.com.tr).

istemenin her somut olayda illaki neticenin istenilmesi olarak yorumlanmaması gerekmektedir. Nitekim, işlenen eylemin belli bir neticeyi meydana getireceği muhakkak ise fail bu neticeden doğrudan kastıyla sorumludur. Yani; failin gerçekleşmesini istediği neticelerin yanı sıra, gerçekleştirdiği fiil neticesinde büyük olasılık olarak görülen neticeler için de, failin doğrudan kastının varlığı kabul edilmelidir. Bu gibi hallerde neticenin bilinmesi istemeyi de kapsar ve failin tasavvur ettiği bu neticeleri ayrıca istemesi aranmaz²⁸³. Örneğin; rutin kontrollerde gebe kadına alkol, uyuşturucu madde gibi ceninin düşmesi neticesine yol açabilecek maddeleri kullanmayı bırakması, aksi takdirde çocuğu düşürebileceği belirtilmesine ve bu konuda yapılan tüm uyarılara rağmen, bunları kullanmayı bırakmaz ve cenini düşürürse, gebe kadının gerçekleşecek neticeyi bilmesine rağmen fiili yapmaktan kendisini alıkoymadığına göre doğrudan kastının varlığı kabul edilmelidir.

4.3.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bir görüşe göre; TCK madde 25/2'de düzenlenen zorunluluk hali, çocuk düşürme suçu için hukuka uygunluk sebebi olarak görülebilir²⁸⁴. Belirtmek gerekir ki; zorunluluk hali madde gerekçesinde de belirtildiği üzere bir hukuka uygunluk sebebi değil, kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olarak TCK'da düzenlenmiştir.

Mahiyeti gereği çocuk düşürme suçunu hukuka uygun hale getiren bir sebep yer almamaktadır.

4.4. Suçun Nitelikli Halleri

Kanunda çocuk düşürme suçu için nitelikli hal öngörülmemiştir. Nitekim gebe kadın kendi vücudu üzerinde gerçekleştirdiği fiiller neticesinde, yine kendisi zarar görmüş olacağından, cezasında arttırima gidilmesini gerektirir bir durum da bulunmamaktadır.

²⁸³ Apaydın, Cengiz, Olası Kastla İnsan Öldürme Suçu, Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi, S: 2, İstanbul 2011, s. 16-19.

²⁸⁴ Kiziroğlu, s. 185.

Bununla birlikte, gebelik süresi on haftayı geçtikten sonra cenin iç organlarının da oluşmaya başladığı düşünüldüğünde, gebelik süresi arttıkça TCK madde 61 gereği alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayininin gerektiği kanaatindeyiz.

4.5. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri

Kanun koyucu bu suç için neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallere yer vermemiştir. Nitekim bu suçta fiili gerçekleştiren gebe kadının kendisi ve aynı zamanda suçun da failidir. Dolayısıyla çocuk düşürme suçunun aksine, gerçekleştirmiş olduğu fiilden dolayı, gebe kadının beden ya da ruh bakımından bir zarara uğraması halinde cezası arttırılmayacaktır.

4.6. Kusurluluğu Etkileyen Haller

Çocuk düşürme suçu kusurluluğu etkilenen haller açısından, diğer suçlardan farklı bir özellik arz etmemektedir. Bu kapsamda, zorunluluk hali, cebir ve tehdidin etkisi altında olma, irade dışı alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma gibi kusurluluğu kaldıran yahut etkileyen şartlar oluşmuşsa, faile hiç ceza verilmeyeceği gibi, cezasında indirimle gidilebilir.

4.7. Kastı Kaldıran ve Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri

Çocuk düşürme suçunun, hata konusunda da diğer suçlardan farklı bir özellik arz etmediğini belirtmek isteriz. Bununla beraber, bu suçtan dolayı faile ceza verilebilmesi için; gebeliğin on haftadan fazla olduğunun bilinmesi şarttır. Gebe kadının, gebelik süresinde düştüğü hata kastını ortadan kaldıracığından ve bu suçun taksirli şekli kanunda ayrıca düzenlenmediğinden, faile ceza verilmeyecektir.

Gebelik süresi on haftadan az ise, zaten suçun unsurları oluşmayacağından ve on haftaya kadar gebeliğin sonlandırılmasına kanun koyucu tarafından izin verildiğinden çocuk düşürme suçundan bahsedilemeyecektir.

4.8. Teşebbüs

Çocuk düşürme suçuna teşebbüs mümkündür. Gebe kadının içtiği ilacın dozunun yetersiz kalması sebebiyle çocuğun düşmemesi, yahut çocuk düşürmek için

gerçekleştirdiği fiil neticesinde hastaneye kaldırılması ve ceninin kurtarılması gibi durumlarda, suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

Bu suça gönüllü vazgeçme kurallarının uygulanabilmesi de mümkündür. Nitekim gebe kadın çocuk düşürmek için icra hareketlerine başlayıp, sonrasında suçu tamamlamaktan vazgeçebilir. Böyle hallerde gebe kadına, TCK madde 36 gereği ceza verilmeyecektir. Örneğin; çocuk düşürmek amacıyla ilaç içen gebe kadının pişmanlık duyup kusarak ilacı çıkarması halinde, TCK'nın 36. maddesi gereği faile ceza verilmeyecektir²⁸⁵.

4.9. İştirak

Çocuk düşürme suçu ancak gebe kadının kendisi tarafından işlenebileceğinden, özgü suçlar arasında yer almaktadır. Özgü suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, TCK madde 40/2 gereği azmettiren yahut yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulabilirler. Bu durumda gebe kadını on haftadan fazla cenini düşürmesine azmettirme, bir takım vasıtalar tedarik ederek yardım etme şeklinde suça katılmak mümkündür.

Gebe kadın dışındaki kişilerin çocuk düşürme suçuna iştirakinin kabulü için, buradaki iştirakin suça hakimiyet sağlayacak yani fail vasfını taşıyacak nitelikte olmaması gerekmektedir. Aksi takdirde, fiil üzerinde hakimiyet kuran diğer kişi yetkili yahut yetkisiz hekimse, TCK madde 99/2,5 gereği, hekim dışındaki herhangi bir kimse ise, TCK madde 87/2-e kapsamında suçun faili olarak cezalandırılacaktır.

Nitekim yukarıda da belirttiğimiz üzere; her ne kadar bu kişiler çocuk düşürme suçuna iştirak edenler olsa da, aynı zamanda kendi fiillerinden dolayı fail vasfını da kazanmakta olduklarından, failliğin şerikliğe önceliği kuralığı gereği, kendi fiillerinden ötürü fail sıfatıyla cezalandırılacaklardır.

²⁸⁵ Ertuğrul, s. 379.

4.10. İçtima

Bu suça da genel içtima kurallarının uygulanacağından hareketle, cenini bizzat kendi fiili ile düşüren gebe kadının, kendisine karşı kasten yaralama yahut kasten öldürme fiillerini işleyemeyeceği sabittir²⁸⁶. Dolayısıyla gerçekleştirilen fiil aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmayacaktır.

Yine yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda, çoğul gebeliklerde failin cezasında TCK madde 61 gereği alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilebilir.

Fikri içtimayı bir görüş şu şekilde örnekleyerek açıklamaktadır; işçi bir bayanın, patronundan habersiz gebeliği sonlandırıcı bir ilacı çalıp içmesi halinde, hem hırsızlık suçu hem de çocuk düşürtme suçu tek bir fiille işlenmiş olacaktır²⁸⁷. Söz konusu örnekte, iki fiil mevcut olmakla, bunları hukuken tek hareket kabul etmek için bir sebep de bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir olayda fikri içtima hükümleri uygulanamayacaktır.

Zincirleme suç hükümlerinin her ne kadar pratikte pek örneğini görmek mümkün olmasa da, uygulanabilir kabul edilmektedir. Nitekim gebe kadının, tüm hamileliklerini yasal sınır geçtikten sonra kendi imkanlarıyla sonlandırması halinde, çocuk düşürme suçunun zincirleme suç şeklinde gerçekleştiği kabul edilebilecektir²⁸⁸. TCK madde 43/1'in sonunda, "Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır" denildiğinden, verdiğimiz örnekte zincirleme suç hükümlerine göre cezada artırıma gidilecektir²⁸⁹.

4.11. Yaptırım

TCK'nın 100. maddesine göre; gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolünür.

²⁸⁶ Kiziroğlu, s. 186.

²⁸⁷ Ertuğrul, s. 381.

²⁸⁸ Ertuğrul, s. 381.

²⁸⁹ Ertuğrul, s. 381.

Söz konusu düzenlemede, adli para cezası ve hapis cezası seçimlik olarak öngörülmüştür. Yine yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile, TCK'nın 61. maddesine 9. fıkra olarak yeni bir fıkra eklenmiş ve adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda, bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz şeklinde düzenleme getirilmiştir.

Bu durumda 5560 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce işlenen çocuk düşürme suçu açısından alt sınır beş gün, bu tarihten sonra işlenen suç açısından alt sınır belirtilmediğinden, hapis cezasının alt sınırının belirtildiği TCK'nın 49. maddesine göre hesaplama yapılacaktır. Bu durumda adli para cezası için alt sınır, süreli hapis cezasının alt sınırı olan 30 gündür. Üst sınır ise yine 5560 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce işlenen suçlar açısından 730, sonra işlenen suçlar açısından bu suç için 365 gün olacaktır.

TCK'nın 50. maddesinin 2. fıkrasına göre; hapis cezası ile adli para cezası seçenek yaptırım olarak öngörüldüğünden, hapis cezasına hükmedilirse, bu ceza artık adli para cezasına çevrilemeyecektir.

Kanunda öngörülen hapis cezası kısa süreli olduğundan ötürü, erteleme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi bu kapsamda uygulanabilir.

Kanaatimizce; çocuk düşürtme suçunun düzenlendiği 99. maddenin 6. fıkrasında yer alan, suç sonucu gebe kalınması halinde 20 haftaya kadar gebeliğin sonlandırılabilceği düzenlenmesini, TCK'da kıyas yasağının olması sebebi ile her ne kadar çocuk düşürtme suçu için uygulamamız mümkün olmasa da, böyle durumlarda failin cezası belirlenirken TCK madde 61 gereği alt sınırdan ceza tayin edilebilir²⁹⁰.

²⁹⁰Ertuğrul, s. 376.

4.12. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

4.12.1. Genel Olarak

Suçun soruşturulması ve kovuşturulması Şikayet, izin, talep vs. bağlı değildir. Bu sebeple re’sen takibi gereken suçlardır.

4.12.2. Dava ve Ceza Zamaşımı

TCK madde 66 uyarınca, bu suç için dava zamaşımı; 8 yıldır. Dolayısıyla suçun işlendiği tarihten itibaren 8 yıl geçmesiyle, kamu davası dūőecektir. TCK’nın, 67. maddesinde yer alan durumların gerçekteşmesi halinde, dava zamaşımı kesilecektir.

TCK madde 68 gereęi, kesin hūkūmden itibaren on yıl geçmekle, bu suça iliřkin ceza infaz edilemeyecektir. TCK’nın 71. maddesinde öngörūlen Őartların oluřması halinde, ceza zamařımı kesilecektir.

4.12.3. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Görevli mahkeme, 6545 sayılı TCK ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla getirilen değişiklikten önce sulh ceza mahkemeleridir. Bilindiği gibi; 6545 sayılı TCK ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 28/06/2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Anılan Kanununun 84 üncü maddesiyle 5320 sayılı Kanuna eklenen geçici 6. maddenin birinci fıkrasında “Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte Sulh Ceza Mahkemeleri kaldırılmıştır.” hükmünü içermektedir. Üçüncü fıkrasında, maddenin yürürlüğe girdiği tarihte, sulh ceza mahkemelerinde görülmekte olan dava dosyalarının bir ay içinde yetkili asliye ceza mahkemelerine devredileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, sulh ceza mahkemeleri getirilen bu düzenlemeyle kaldırıldığından, çocuk dūőürme suçunda görevli mahkeme, asliye ceza mahkemeleridir.

Yetkili mahkeme ise, CMK’nın 13. maddesi gereği, suçun işlendiği yer mahkemesi belli değil ise, Şüpheli veya sanığın yakalandığı yer, yakalanmamışsa yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır. Şüpheli veya sanığın Türkiye’de yerleşim yeri yoksa

Türkiye’de en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Mahkemenin bu suretle de belirlenmesi olanağı yoksa maddenin üçüncü fıkrası gereği, ilk usul işleminin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır.



BÖLÜM 5

SONUÇ

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemeler, ülkemizde ekonomik ve sosyal olayların gelişimine bağlı olarak devamlı değişmiş ve gelişmiştir. Öyle ki, gebeliğin sonlandırılmasının mutlak olarak yasaklandığı dönemden, isteğe bağlı gebeliğe geçiş yaşanmış ve gebe kadına belli şartlarla kendi vücudu üzerinde tasarruf yetkisi tanınmıştır.

TCK'nın 99. maddesinde, kanun koyucu gebeliğin sonlandırılmasını fiilin yetkili yahut yetkisiz hekim tarafından işlenmesi ayırımına tabi tutarak düzenlemiş, fiilin yetkisiz hekim tarafından işlenmesini nitelikli hal olarak öngörmüştür. Çocuk düşürme suçunun düzenlendiği 100. maddede ise, kanun koyucu on haftadan fazla gebeliğin gebe kadın tarafından sonlandırılmasını suç kabul etmiş, bu süreden önceki gebeliklerin gebe kadın tarafından sonlandırılmasına herhangi sınırlama yahut kısıtlama getirmemiştir. Çocuk düşürtme ve düşürme suçları bakımından kanun koyucu, gebe kadına ve cenine ilişkin olarak, kadının sağlık ve vücut bütünlüğü, ceninin gelecekteki yaşam hakkı, anne ve babanın cenin üzerindeki hak ihlallerinin cezalandırılmasını amaçlamış, bu hukuki değerlerin birbiriyle çatışması halinde birine üstünlük tanımıştır.

TCK çocuk düşürtme ve düşürme suçlarında her ne kadar getirdiği yeniliklerle en geniş düzenlemeleri içermiş olsa da, pratikte toplum baskısı, ekonomik koşullar, ceza müeyyidesine maruz kalma korkusu yahut sosyal nedenlerle gizlendiği için, bilinen kürtaj olayları oldukça azdır. Oysaki diğer suçlarla karşılaştırıldığında, belkide en çok işlenen ancak pratikte en az uygulama alanı bulan bir suç olduğu görülmektedir.

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemeler ceza kanunları ile de sınırlı kalmamış, NPHK ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan Tüzük'le de, gebeliğin sonlandırılmasında rıza, gebeliğin kim tarafından, nerede ve hangi araçlarla sonlandırılabilceği, yetkili kişilerin kimler olduğu konularında getirdiği

düzenlemelerle, topluma yol gösterici olmuştur. Bu düzenlemeler her ne kadar günümüz ihtiyaçlarını karşılar nitelikte görünse de, birtakım eksiklikler ve boşlukların bulunması, pratikte uygulama zorluklarına sebep olmaktadır.

NPHK'da eşin rızasına ilişkin düzenleme yer almasına rağmen, Ceza Kanunu'nda buna ilişkin bir zorunluluk getirilmemiştir. Suç sonucu gebe kalınması hali her ne kadar TCK'da düzenlenmiş olsa da, bu sefer NPHK'da buna ilişkin bir düzenleme yoktur. Yine gebeliğin suç sonucu oluştuğunun kimin tarafından tespit edilebileceği kanunda açık ve belirgin şekilde belirtilmemiştir. Tüzük'te her ne kadar tıbbi zorunluluk halleri madde madde sayılmış olsa da, bu hallerin gebe kadını mı yoksa cenini mi kapsadığı belli olmamakla birlikte, bunların sınırlı sayıda mı yoksa örnek mahiyetinde mi olduğu da açık değildir. Yine yukarıda da bahsettiğimiz üzere; bu hallerin yapıldığı dönem şartları ile günümüz şartları arasında büyük gelişme ve değişmelerin olduğu da düşünüldüğünde, tedavisi olan hastalıkların tıbbi zorunluluk kapsamında görülmesi, hukuka uygun neticeler doğurmamaktadır.

Tüm bu belirsizliklerin ve eksikliklerin giderilmesi için; öncelikle NPHK'da yer alan düzenlemeler TCK ile uyumlu hale getirilmeli, eşin izni ya NPHK'dan çıkartılmalı ya da bu hüküm TCK'ya eklenmeli, suç sonucu gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenleme NPHK'ya da eklenmeli, bu tür durumlarda gebelik süresindeki sınırlandırma kaldırılmalı, gebeliğin suç sonucu oluştuğunun tespitinin kimin tarafından yapılacağı kanunda açıkça belirtilmeli, çocuk düşürtme suçunun neticesi sebebi ile ağırlaşmış şekli olarak öngörülen bedenen veya ruhen bir zarara uğrama madde metninden çıkarılmalıdır. Yine Tüzük'te bir takım değişiklikler ve uyarlamalar yapılarak günümüz şartlarına uygun hale getirilmelidir. Devletin, gebe kadınların hizmetlerden yararlanabilmesini sağlaması, özellikle düşük gelirli kişilere bu konuda destek sağlanması gerekmektedir. Yine toplumların gebeliğin sonlandırılması hususunda bilgilendirilmesi, bunun bir doğum kontrol yöntemi olarak değil, başvurulacak son çare olarak görülmesi hususunda kadınlar bilinçlendirilmedir.

KAYNAKÇA

Kitap-Dergi-Makale

Akbulut, Berrin, Bağlılık Kuralı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, Cilt: 14, 2010.

Akdağ, Hale, Gönüllü Vazgeçme, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2013.

Aksoy, Şahin, Kürtaj Sadece Tıbbi Bir Karar Olabilir mi?, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, Sayı: 24, 2012.

Akyazan, Ahmet Emrah, 5237 Sayılı TCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, 2006.

Apaydın, Cengiz, Olası Kastla İnsan Öldürme Suçu, Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 2, İstanbul 2011.

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2010.

Artuç, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, 1. Baskı, Ankara 2008, s. 549.

Ateş, Zeynep, Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası, Yüksek Lisans Tezi, KadirHas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, İstanbul 2010.

Aydın, Sabahattin, Kürtaj Yasağında Kim Nerede?, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, 2012.

Aydın, Murat, Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, 2011.

Aydın, Tülay, Kişilik Haklarının Doğum Öncesinde Korunması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.

Aydın, Tülay, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.12.2002 Tarihli Kararının İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 64, Sayı: 2, 2006.

Babalıoğlu, Rabia, Kürtaj Yapmama Hakkı, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, Sayı: 24, 2012.

Badur, Emel, Eşin Rızası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 109, 2013.

Bozkurt, Başak, Kürtaj Yasalarının Nüfus Politikasıyla İlişkisi: 1960'lerden Günümüze Türkiye, Lisans Bitirme Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü, İstanbul 2013.

Can, Sibel, Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 1, 2015.

Carlotta, Cassani, "Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Rıza", (Çeviri; Muharrem Özen, Mustafa Özen), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 77, 2008.

Çağa, Tahir, Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 3, 1991.

Çaha, Havva, Elemeci Kürtaj: Öjenizmin Yeni Yüzü, İş Ahlakı Dergisi, Sayı: 7, Yıl: 2, 2014.

Çavlin, Alanur/Tezcan, Sabahat/Ergöçmen, Banu, Kadınların Bakış Açısından Kürtaj, Nüfusbilim Dergisi, Sayı: 34, 2012.

Cebre, Ayvaz, Zorunluluk Hali, TAAD, Cilt:1, Sayı:8, Yıl: 3, 2012.

Değirmenci, Olgun, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 110, 2014.

Dericiler, Özge Yücel, Aihm İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata Ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması, VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu, 13-14 Kasım 2014, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İstanbul.

Dirik, Mehmet, İslam Hukukunda Cenin Öldürme Suçunun Cezası, Bilimname Dergisi, Sayı: 23, 2012.

Doğan, Recep, Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 127, 2016.

Dölen, İsmail, Tibbi Açıdan Fetüs, Embriyo, Kürtaj Ve Düşük (Abortus) Nedir?, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2013.

Dönmez, Burcu, TCK'da Çocuk Düşürme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007.

Ercan, İsmail, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul 2016.

Ertuğrul, Hüseyin, TCK'da Çocuk Düşürme Suçu, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2016.

Erdem, Dilek Özge, Çocuk Düşürtme Düzenlemesi/Regulation of Illegal Abortion, AÜHFD, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016.

Ersoy, Yüksel, Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 53, 2004.

Eşitli, Ezgi Aygün, Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 106, 2013.

Gülşen, Recep, Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008.

Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü (HÜNEE) (2003). Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması 2003. Ankara: HÜNEE.

Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

İpekçioğlu, Pervin Aksoy, Karşılaştırmalı Bir inceleme: Türk Ceza Hukuku İle Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından İşlenemez Suçun Değerlendirilmesi, AÜHFD, Cilt: 3, Sayı: 61, 2012.

Kama, Sezen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun Işığında Çocuk Düşürtme ve Düşürme, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, Cilt: 3, Sayı: 6, 2008.

Kaşıkkara, M. Serhat, Türk Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma, TAAD, Sayı: 2, Yıl: 1, 2010.

Katoğlu, Tuğrul, Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları, AÜHFD, Cilt: 61, Sayı: 2, 2012.

Kaya, Ahsen/Aktaş, Ekin Özgü, Yüksek Yargı Kararları Işığında Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı, Türk Psikiyatri Dergisi, Cilt: 24, 2013.

Kaya, Mine, Özel Hukukta Özel Hayatın Korunması, Yargıtay Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 1-2, 2006.

Keskin, Dilşad, Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Sebebiyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, 2013.

Kitapçioğlu, Tülay, Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 1, 2012.

Kızıroğlu, Serap Keskin, Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013.

Koca, Mahmut, Hekimin İlaç Tedavisinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 3–4, 2009, s. 34-35.

Koca, Mahmut, Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 67, Sayı: 1-2, 2009.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Kocabaş, Sadık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Isparta 2009.

Konan, Belkis, Osmanlı Devletinde Çocuk Düşürme Suçu, AÜHFD, C: 57, S: 4, 2008.

Lüttger, Hans, "Gebeliğin Önlenmesi İle Çocuk Düşürme Arasındaki Sınırı Tespitte Federal Almanya Ceza Hukukunda Yeni Problemler" (Özet Çeviri; Özgen, Eralp.), AÜHFD, Cilt: 28, 1971.

Öner, Senem, Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 1810 Tarihli Fransa Ceza Kanunu'dan Çevrilmesi, Doktora Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Batı Dilleri Ve Edebiyatları Ana Bilim Dalı, İstanbul 2013.

Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray, Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007.

Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

Özcan, Cem, Perruche Davası ve Doğum Öncesi Teşhis Hatası Nedeniyle Tazminat, TAAD, Sayı: 21, 2015.

Özkan, Özlem, Ülkere Göre Kürtaja Yönelik Yasal Düzenlemelere Genel Bir Bakış, Toplum ve Hekim, Cilt: 27, Sayı: 4, 2012.

Özkan, Özlem/Mert, Kader, Tarihsel ve Toplumsal Bağlamda Fransa'da Kürtaj, Toplum ve Hekim Dergisi, Cilt: 27, Sayı: 6, 2012.

Semiz, Yaşar, 1923–1950 Döneminde Türkiye'de Nüfusu Arttırma Gayretleri ve Mecburi Evlendirme Kanunu (Bekarlık Vergisi), Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı: 27, 2010.

Şere, Ersin, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 130, 2017.

Şen, Furkan, Yaşam Hakkı: İdam, Kürtaj, Ötenazi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, 2015.

Tek, Sinem Gülşah, Türk Hukuku'nda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Yayınları, Temmuz 2012.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2016.

Topaç, Tahir Hami, Çocuk Düşürtme Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 22, 2013.

Tuncer, Sezgin Duygu, TCK'nda Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüklerin İhlali, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015.

Turhan, Faruk, Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (md. 13), Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 4, 2005.

Uyumaz, Alper/Avcı, Yasemin, Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, 2016.

Ürem, Müge, Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar, Sağlık Hukuku Makaleleri-II, İstanbul Barosu Yayınları, 2012.

Şahin, Meral Ekici, Ceza Hukukunda Rıza, 1. Baskı, İstanbul 2012.

Yaşar, Mert, Cinsel Saldırı Halinde Kürtaj Yasa Tasarısı Üzerine Ölçütler, Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli, İstanbul 2012.

Yılmaz, Halil, Cenin Öldürme (Çocuk Düşürtme/Düşürme) Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, 2001.

Yarsuvat, Duygun, Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 48, Sayı:1-4, 1982-1983.

İnternet Kaynakları

Abortion Legislation in Europe, <https://www.loc.gov/law/help/abortion-legislation/europe.php#france>

Afghanistan: Abortion Law, <http://www.womenonwaves.org/en/page/4830/afghanistan—abortion-law>

Bolat, Arslan, Çocuk Düşürtme Suçu, <http://arslanbolat.av.tr/cocuk-dusurtme-sucu/>

Center for Reproductive Rights. (2013). World's Abortion Laws Map 2013 Update, <http://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/AbortionMap Factsheet 2013.pdf>

German Criminal Code, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html

Cyprus Penal Code, <http://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/Cyprus.abo.html>

Dünyada Kürtaj Hakkı ve Yasaklamaların Sonuçları, www.yeniduzen.com

Göçmen, Doğan, Kürtajı Savunmak Yaşamı Savunmaktır – Kıstas Kadının İradesidir-
<https://dogangocmen.files.wordpress.com/2012/06/kc3bcrtaj-yac59fam-hakkc4b1-ve-kadc4b1nc4b1n-iradesi.pdf>

Kaleci, Ahmet Ozan/Mete, Çınar/Ünal, Cansu/Yıldırım, Alperen Kutay, 1983 Tarihli “Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük”ün Hazırlanmasındaki Tarihsel Süreç, <http://tip.baskent.edu.tr/kw/upload/600/dosyalar/cg/sempozyum/ogrsmpzsnm15/15.P14.pdf>

Liberia: Abortion Law, <http://www.womenonwaves.org/en/page/5195/abortion-law-liberia>

Olgun, Eser, Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi, <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/viewFile/5000001567/5000000662>

Orhan, Cihan, Hekimin Cezai Sorumluluğu Açısından Çocuk Düşürtme Suçu, <http://cihanorhan.av.tr/hekimin-cezai-sorumlulugu/>

Öncü, Gülay Arslan, Dünyada Sadece 6 Ülkede Yasak, <http://gazeteport.com/haber/97884/dunyada-sadece-6-ulkede-yasak>

Penal Code, <http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf>

Sadak, Murat, Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma, www.turkhukuksitesi.com

Şafak, Ayşe Aydın, Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması, http://bianet.org/files/doc_files/000/000/588/original/tu%CC%88rkiye%20de%20ku%CC%88rtaj%20hakk%C4%B1n%C4%B1n%20gelis%A7imi.pdf

Şahin, Yalçın, CMK 223 De Belirtilen Kararlar- Şablonlar, <http://hukuksalkonular.blogspot.com.tr/2012/02/cm-k-223-de-belirtilen-kararlar.html>

Şen, Ersan, 6545 Sayılı Kanununla Değiştirilen Ceza Hükümleri 1, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1177054-6545-sayili-kanunla-degistirilen-ceza-hukumleri-1>

TCK Uyarınca Açılan Davalardaki Suç Dağılımları, TÜRKİYE (2015)
http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/CEZA/33.pdf

TNSA 2013 Raporu, <http://www.tkdf.org.tr/haberlerduyurular.aspx?id=33>

R.R. v. Polonya 26.5.2011 tarihli karar (27617/04), AİHM Günlüğü,
http://aihmgunlugu.blogspot.com.tr/2011_12_01_archive.html

Web Portal for the Laws of Malta at the Ministry of Justice website,
<http://www.justiceservices.gov.mt/LOM.aspx?pageid=27&mode=chrono>

http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/30489/Mahkeme_tecavuz_magduru_kiza_izin_vermedi....html

<http://www.gazetevatan.com/haberlerimiz-olmasa-doguracakti--602355-gundem/>

http://www.acaemia.edu/13738017/%C4%B0nsan_%C3%96ld%C3%BCrme_Su%C3%A7lar%C4%B1nda_Su%C3%A7un_Konusu_Olarak_Cenin_Durumu_ve_California_Y%C3%BCksek_Mahkemesi_Taraf%C4%B1ndan_Verilen_Keeler_Karar%C4%B1n%C4%B1n_Bu_Kapsamda_%C4%B0ncelenmesi

www.kazanci.com.trhttp://www.milliyet.com.tr/kurtajin-yasak-oldugu-irlanda-dan-turkiye-ye-uyari/gundem/gundemdetay/05.06.2012/1549540/default.htm

<http://www.hthayat.com/yasam/guncel/haber/1006362-hangi-ab-ulkesi-kurtaj-kac-haftaya-kadar-izin-veriyor>

<http://www.polonyadan.com/2012/10/14/polonyada-kurtaj/>
http://bianet.org/files/doc_files/000/000/588/orignal/tu%CC%88rkiye_de_ku%CC%88rtaj_hakk%C4%B1n%C4%B1n_gelis%CC%A7imi.pdf

<http://www.haber3.com/kurtajla-bebegi-alin-yoksa..-807697h.htm>

https://en.wikipedia.org/wiki/Abortion_in_the_United_Kingdom

<http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=87&t=9090>

Yargıtay Kararları

Y.13.HD. T: 17.12.2002, E: 2002/11314, K: 2002/13615

Y.14.CD. T: 10.11.2015, E: 2013/10745, K: 2015/10449

Y.12.CD. T: 02.04.2015, E: 2015/1248, K: 2015/6031

Y.24.CD. T: 23.03.2014 E: 012/5729 K: 2014/3810

Y.8.CD. T: 05.04.2011 E: 2010/14557 K: 2011/2772

Y.8.CD. T: 06.05.1987, E: 1987/1586, K: 1987/4648

Y.3.CD. T: 29.11.2006, E: 2006/2128 K: 2006/9059

Y.9.CD. T: 25.12.2008 E: 2008/18229 K: 2008/13979

Y.14.C.D. T: 10.12.2012 E: 2011/5612 K: 2012/12703

YCGK. T: 04.03.2014, E: 2013/14-731, K: 2014/114

YCGK. T: 21.12.2010, E: 2010/5-256, K: 2010/269

Y.14.CD. T: 09.11.2015, E: 2015/5913, K: 2015/10343

Y.15.CD. T: 26.02.2014 E: 2013/7734 K: 2014/2069

Y.2.HD. T: 10.09.2012, E: 2012/14258, K: 2012/20616

Y.8.CD. T: 26.11.1985, E: 1985/5039, K: 1985/5473

Y.5.CD. T: 10.3.2015, E: 2014/11481, K: 2015/8083

Y.5.CD. E: 2014/11481, K: 2015/8043

Y.8.CD. T: 11/1998 E: 1998/13413 K: 1998/4523

Y.1.CD. T: 16.07.1954, E: 1954/1106, K: 1954/1202

Y.5.C.D, T: 10.04.2006, E: 2006/2706, K: 2006/3034

Y.5.C.D. T: 27/04/2009 E: 2009/2416 K: 2009/4878

Y.8.CD. T: 08/07/1983 E: 1983/1758 K: 1983/2010

Kanunlar

765 sayılı Ceza Kanunu, (kabul tarihi 01.03.1926, RG.: 13.03.1926, sayı: 320).

5237 sayılı TCK, (kabul tarihi 26.09.2004 RG.: 12.10.2004, sayı: 25611).

1593 sayılı Umumi Hfzısıhha Kanunu, (kabul tarihi: 24.04.10930, RG.: 06.05.1930, sayı: 1489).

557 sayılı NPHK, (kabul tarihi 01.04.1965, RG.: 10.04.1965, sayı: 11976).

2827 sayılı NPHK, (kabul tarihi: 24.05.1983, RG.: 27.05.1983, sayı: 18059).

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, (kabul tarihi 22.11.2001, RG.: 08.12.2001, sayı: 24607).

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, (kabul tarihi 11.01.2011, RG.: 04.02.2011, sayı: 27836).

