

TÜRK CEZA KANUNUNDA ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇU¹

Öğr. Gör. Dr. Hüseyin ERTUĞRUL²

Öz

Çocuk düşürme suçu, kişilerin çocuk sahibi olmalarına engel haksızlıkları yaptırma bağladığından ahlaken ve etik olarak, bir haksızlık teşkil ettiği ortadadır. Fakat günümüzde, özellikle gebeliği sonlandırma hakkının esnetilmeye ve genişletilmeye çalışılması, zamanla ahlak ve etiğin değiştiği ve genişlediği tartışmalarına sebep olmuştur. Ceza hukuku açısından çocuk düşürme fiilinin suç sayılması konusunda, bir görüş birliği bulunmasına karşılık, kadının istemiyle çocuk düşürmesi fiillerinin suç sayılarak cezalandırılmasına ilişkin görüş ayrılığı ve tartışmalar günümüzde de sürmektedir. Bu fiillerin suç olmaktan çıkarılması yönünde güçlü bir eğilim bulunmaktadır. Bir tarafta insan türüne ait, ana rahminde gelişen ceninin yaşamı, diğer tarafta kadının gebeliğin devamını tercih etmesi arasında makul ve meşru sınıır çizilmesi, çözümü zor bir sorun görünümündedir. Kanaatimizce dünya genelinde ortak bir düzenleme imkânı mümkün görünmese de, her toplumun gelmiş olduğu seviye dikkate alınarak, bir hukuki düzenlemenin yapılması, en makul çözüm görünümündedir. Nitekim Türk Ceza Kanunumuz, tıbbi zorunluluk dışında her anne adayına tanınan on haftalık gebeliği sonlandırma süresini dikkate alarak bir suç tanımı düzenlemiştir. Kanun koyucu, bu suç tanımıyla öncelikle ana rahmine yerleşmiş ceninin yaşam hakkını korumayı amaçlamıştır. Bununla beraber, kadının vücut dokunulmazlığı, kendi kaderini tayin etme hakkı da korunmaktadır. Esasen burada ceninin yaşam hakkıyla kadının vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf hakkının ve kendi geleceğini tayin hakkının çatışması söz konusudur.

Anahtar kelimeler: Gebeliğin Sonlandırılması, Çocuk Düşürme, Cenin

Abortion Crime at Turkish Penal Code

Abstract

Abortion is a crime, it binds people to have children to be unfair barriers sanctions as morally and ethically, it is obvious that constitutes an injustice. But today, especially to be stretched and tried to expand the right to terminate a pregnancy, a time when morality and ethics has changed and has led to debates over expanding. Criminal act on the criminalization of abortion in terms of law, not in response to a consensus of opinion on the punishment of acts of counting crime abortion with the woman's claims division and the debate continues today. Removal of an offense in terms of this act there is a strong trend. On one side of the human species, the life of the fetus developing in the womb, and to draw reasonable boundaries between legitimate to prefer the other side of the woman's pregnancy to continue, it must view the problem solution. We think the world in general does not seem possible to joint facilities in an arrangement, considering that from every level of society, making a legal arrangement, appearance is the most reasonable solution. Indeed, our Turkish Penal Code, known to all mothers than medical necessity, taking into account the ten-week period of pregnancy termination organized crime definition. The legislator, with abortion crime, primarily intended to protect the right to life of the fetus in the womb settled. However, in these crimes, women's bodily integrity is protected right to self-determination. In fact, right here on saving women's physical integrity and the right to life of the fetus's right to determine its own future conflict it is concerned.

Keywords: Termination of Pregnancy, Abortion, Fetus

1 Bu makale, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları” konulu doktora tezinden hazırlanmıştır.

2 Ahi Evran Üniversitesi, Teknik Bilimler Meslek Yüksekokulu, Elektronik Ve Otomasyon Bölümü. huseyinertugrul83@gmail.com

Giriş

Gebeliğin sonlandırılması, insanlık tarihi boyunca uygulanmış ve uygulanacak, tartışılmış ve tartışılacak sosyal bir olgudur. Karşılaşılan sorunlar, ne mutlak yasaklar getirmekle ne de özgürce sonlandırılmasına izin vermekle çözülmeyeceği de bilinen bir gerçektir. Gerçekten de, tarih boyunca tüm hukuk sistemlerinde, bir tarafta ceninin yaşam hakkı, diğer tarafta kadının anneliğe ilişkin tercihi arasında adil bir denge kurmak zorunluluğu ile karşılaşmıştır.

Burada ne kadın anne olmaya zorlanmalı, ne de insan potansiyeline sahip bir varlığa değersiz bir parça olarak bakılmalıdır. Örneğin, her yıl binlerce kürtajın yapıldığı bir ülkede, tıbbi zorunluluk dışında kürtajın yasaklanması doğrutusunda bir kanun hazırlanıp yürürlüğe konulsa, sağlıklı bir sonuç alınamayacağı açıktır. Yani o ülkede kürtaj perde arkasına inecek ve sağlıksız şekilde yapılmaya devam edilecekse, tamamen yasaklamanın bir anlamı olmayacaktır.

Esasen çocuk düşürme suçu, neslin devamını teminat altına alan ve sağlıklı bireylerin yetişmesine vesile olan suç tanımlarıdır. Gerçekten de, insanlığın devamı ancak çocukların güvenli bir şekilde dünyaya gelmeleriyle mümkündür.

Günümüzde çeşitli sosyal, kültürel ve ahlaki sorunların artmasına paralel olarak çocuk düşürme ve kürtaj uygulamalarının arttığı da görülmektedir. Çocuk düşürmenin veya aldırmanın anne sağlığına, aile kurumuna, toplumun menfaatlerine yönelik zararları, ortaya konulan tıbbi ve sosyolojik çalışmalarla ortadadır.

İşte bu ve benzeri sosyal problemlerin önüne geçebilmek amacıyla, hukuk sistemimizde, 27.05.1983 tarihli 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, kadının rızasıyla on haftayı aşmayan gebeliğinin, tıbbi yolla sona erdirilmesine ve yine süreye bağlı olmaksızın tıbbi zorunluluklarla gebeliğin sona erdirilmesine yasal olarak imkan tanımıştır. Ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, gebelik süresinin on haftayı aşan gebeliklerin anne adayı tarafından sonlandırılmasını çocuk düşürme suçu olarak düzenlemiştir (m.100).

Tarihi Gelişim

1. Genel Açıklamalar

İslamiyet'in kabulünden önce Türk toplumlarında çocuk düşürme fiillerinin suç sayıldığına dair bir bilgi bulunmamakla birlikte; İslamiyet'in kabulünden sonra Türk toplumlarında, İslam ceza hukuku kuralları işletilerek bu fiiller yaptırıma bağlanmıştır.

2. Osmanlı Hukuk Sistemi

Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan dağılma dönemine kadar, İslam hukuku

mutlak olarak uygulanmakla birlikte, on dokuzuncu yüzyıldan sonra yürürlüğe konulan kanunnamelerle İslam hukuku kurallarının yanı sıra ek düzenlemeler ve yaptırımlar getirilmiştir.

a. İslam Hukuku Dönemi

İslam hukuku kurallarının benimsendiği Osmanlı hukuk sistemi, şer'i ve örfi kullardan mürekkep olup; Kur'an, sünnet, icma ve kıyas şer'i hukuku oluştururken, padişah fermanları ise örfi hukuku oluşturmaktadır (Acar, 2001:54). Bu yazılı kaynaklar, İslam hukukunun normlar hiyerarşisi hükmündedir.

Dolayısıyla o dönemde, bugünün hâkimleri sayılan ve merkezi otorite tarafından atanan kadılar, ihtilafın çözümü için sırayla Kur'an'a yoksa sünnete, sünnette yoksa icmaya, onda da yoksa kıyasa başvurmaktadır (Şafak, 2012:189).

Kadıların bir suç sonucu hükmedeceği yaptırımlar, asli ve bedeli cezalar olmak üzere iki ana başlıkta incelenmektedir. Asli cezalardan kasıt, Kur'an veya sünnetle belirlenen yaptırımlardır. Bunların hiçbir şekilde değiştirilmeleri, azaltılmaları ve artırılmaları mümkün değildir. Bu cezalar veya diğer adıyla haddler; kısas, recm ve kesme cezaları olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Örneğin adam öldürme için kısas, zina suçu için recm ve hırsızlık için el kesme cezaları gibi. Bedeli cezalar ise, aynen belirlenmemiş ve aynı olması da gerekmeyen cezalardır ve diyet ve tazir olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (Maliki, 2002:23).

Osmanlı ceza hukuku sistemi, Hanefi mezhebine göre şekillenmiştir (Çağatay vd., 1985:7). Yani kadılar, şer'i meseleleri Hanefi mezhebine göre çözümlenmiş; şeyhülislam da bu mezhebe göre fetvalarını vermişlerdir (Acar, 2001:66). Hanefi mezhebinde ise, ceninin organları belirmeye başlamadığı sürece çocuk düşürmenin caiz olduğu ve bu sürenin de 'yüz yirmi gün' olduğu kabul edilmiştir (Hata, 2011:72). Yani bu mezhebe göre, ancak dört aya kadar gebe olan bir anne adayını, çocuğunu aldırabilirse de, sadece bu yeterli değildir, aynı zamanda haklı bir sebebin de bulunması gerekir. Örneğin, anne adayının tecavüz sonucu hamile kalması, anne adayının veya ceninin sağlığını tehdit eden bir durumun varlığı, bir çocuğunu emzirirken annenin hamile kalması ve süt emen bebeğin sağlığının risk altında olması halleridir (Erşahin, 2002:200). Dikkat edilirse bu haklı sebepler, gebeliğin yüz yirmi gününe yani 4. aya kadar söz konusu olacaktır. Bu süreden sonra haklı bir sebebin varlığı söz konusu olsa da, ceninin düşürülmesi artık caiz görülmemektedir. Özetle bir cenin düşürülmesi, yüz yirmi günlük süre tamamlanmamış olsa bile, tamamen anne ve babanın rızasına bırakılmamıştır.

Hemen belirtelim ki, İslam hukukçuları anne karnındaki varlığa ancak belirli evreleri geçtikten sonra 'cenin' tabirini kullanmışlardır (Hata, 2011:9). Yani cenin kavramı, ruhun üflenmesinden sonraki durumu ifade eder ki, bu da yaklaşık gebeliğin on yedinci haftasından (yüz yirmi gün) sonrasına denk gelmektedir (Dölek, 2009:68).

Osmanlı Devleti'nde, İslam ceza hukukunda olduğu gibi çocuk düşürme filleri

suç olarak ele alınmış ve cezalandırılmıştır (Avcı, 2014:177). Osmanlı Devleti'nde cenin aleyhine işlenen suçlarda faile verilecek ceza, uygulamada 'diyet'tir. Örneğin, gebe kadının düşürdüğü ve dolayısıyla rahminden ölü olarak ayrılan ceninin diyeti, bir köle veya cariye'nin azad edilmesidir. Buna 'gurre' de denilmektedir (Dirik, 2012:189). Bu fiil anne tarafından işlenirse, anne tarafından; başkası tarafından işlenirse o kişi tarafından bu azad işlemi gerçekleştirilecektir. Failin kasıtlı olup olmaması, gurre cezasını etkilememektedir (Konan, 2008:326).

b. On Dokuzuncu Yüzyıldan Sonraki Dönem

İşte Osmanlı hukuk sisteminde 1838 ve 1858 tarihli Ceza Kanunnamesinin yürürlüğe girmesinden önce cenine yapılan müdahaleler İslam hukuku esaslarına göre cezalandırılmıştır. Devlet nüfusunun azaltılmasının önüne geçmek amacıyla yayımlanan bu kanunnamelerle cenine karşı işlenen fiillerle ilgili ek düzenlemeler ve yaptırımlar getirilmiştir.

İlk olarak 1838 Ceza Kanunnamesiyle, gebeliğe son verilmesi devletin geleceğiyle ilişkilendirilerek toplumsal bir mesele haline getirilmiştir. Kanunnamede ıskat-ı ceninle ilgili olarak; "Nüfusun azalmasına sebep olacak hallerden içtinabları farz-ı ayn mesabesinde idiği açıkken ... bazıları Allah rızasına aykırı olarak insan neslinin azalmasına sebep olan ... kasden ıskat-ı cenine her kim vakıf olup da derhal kolluğa haber vermez yahut bir hamile hatun kendi kendisine ilaç edip ıskat-ı cenine gizlice cüret ederse onların ve kocalarının haklarında mücazâtı şedide icra olunma(sı)" denilerek yalnız Müslüman tebaanın değil gayrimüslimin de gebeliği sonlandırması yasaklanmıştır. Bununla birlikte çocuk düşüren kadının kocası da sorumlu tutulacağı da açıkça ifade edilmiştir (Avcı, 2014:178).

Ardından 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun örnek alındığı 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi'yle ek yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu kanunnamenin ikinci bölümünün ikinci faslında cenine karşı işlenen suçlar kaleme alınmıştır (Konan, 2008:330). ıskat-ı cenin başlıklı bu faslın 192. ve 193. maddeleri çocuk düşürme suçlarını düzenlemektedir. Buna göre, "Bir kimse darp yahut sair bir guna fiil ile hamile hatunun ıskat-ı cenin eylemesine sebep olursa diyet-i şeriyyesi istifa olunduktan sonra eğer teaddisi an-kasd olmuş ise muvakkaten küreğe konulur. (m.192)" denilerek ceninin düşmesine sebep olan kişi, kasten veya kazayla olsun, öncelikle ceninin diyetini ödeyeceği hüküm altına alınmıştır. Eğer kasten düşürme gerçekleşmişse, ayrıca kürek cezasıyla cezalandırılacaktır. Kürek cezası, İslam ceza hukukunda yer almayan, sonradan Osmanlı ceza hukuku sisteminde yer alan bir cezadır. Bu ceza, devletin donanmasına ait gemilerde kürek çektirilerek uygulanmıştır (Akgündüz, 1999:s.11.).

Diğer maddede ise, "Bir hamile hatunun gerek rızası olsun gerek rızası olmasın ıskat-ı cenin ettirmek için ilaç içirip yahut esbab ve vesailini tarif edüp de eseriyle çocuğu düşürülür ise buna sebep olan kimse altı aydan iki seneye kadar hapsolünür. Ve eğer buna sebep olan tabib ve cerrah ve eczacı ise muvakkaten küreğe konulur. (m.193)"

denilmek suretiyle anne adayının rızası ile veya değil, gebeliğin üçüncü kişiler tarafından sonlandırılması yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre, hamile kadına ilaç içirerek ceninin düşmesine sebep olan kişiler hapis cezasıyla cezalandırılmakla birlikte; eğer fail hekim veya eczacı ise ayrıca kürek cezasına hükmolunacaktır (Konan, 2008:331).

Netice itibariyle, zaruri sebepler olmadıkça gebeliği sonlandırma hakkının hiçbir şekilde verilmediği Osmanlı ceza sisteminde, cenine müdahale niteliğindeki suç sayılan fiiller İslam hukuku esaslarıyla cezalandırılmış, bununla birlikte devlet nüfusunun azalmasını engellemek amacıyla, 1838 ve 1858 Ceza Kanunnameleriyle ek düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir (Avcı, 2014:178).

3. Türkiye Cumhuriyeti Hukuk Sistemi

Hukuk mevzuatımızdaki çocuk düşürme suçunun ilgili düzenlemelerini ve hukuki gelişmelerini üç ayrı dönemde incelememiz mümkündür.

a. Boşluk Dönemi (1921-1926)

Her ne kadar Cumhuriyet 1923'te ilan edilmiş olmasa da, 1921 Anayasası yürürlükteyken bunun olması ve 1921 Anayasasıyla Türkiye Devleti'nin kurulduğunun öğretisi de kabulünden bahisle, Türkiye Cumhuriyeti Hukuk Sistemi'ni bu tarihte başlatmakta bir beis olmayacaktır (Tunç vd., 2009:27). Bu ilk yıllarda çocuk düşürme suçu dâhil olmak üzere, suç ve cezalara ilişkin bir kanun yürürlüğe girmediğinden, 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu kabul edilene dek, bu fiilin cezai bir sorumluluğunun söz konusu olmadığını, dolayısıyla bu fiil açısından mutlak bir serbestlik söz konusu olacağını kabul etmek gerekecektir.

b. Yasak Dönemi (1926-1965)

I. Dünya Savaşı sonrası verilen kayıplar nedeniyle, Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulma sürecinde doğurganlığı artırıcı (pro-natalist: doğum yanlısı) politikalar benimsenmiştir (Tunalı, 2015:33). Bu politikalar gereği, gerek gebeliğin sonlandırılması, gerekse de gebeliği önleyici yöntemler yasaklanmıştır. Bu düzenlemelerin en somut örneği, Umumi Hıfzısıhha Kanunu'ndaki düzenlemeler olmuştur.

Halen yürürlükte bulunan ve 24.04.1930'da kabul edilen ve 06.05.1930 tarih ve 1489 sayılı resmi gazete yayımlanan 1593 sayılı '*Umumi Hıfzısıhha Kanunu*'nun 152. maddesinde, "*İlkaha (döllenmeye) mâni veya çocuk düşürmeğe vasıta olup Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletince tayin olunacak alât ve levazımın ithal ve satışı memnurdur*" denilmek suretiyle gebeliği önleyici tedbirler, alet ve ilaçlar yasaklanmış bulunmaktadır. Yine aynı kanunda, bu yasağa aykırı hareket edenlerin "*füilleri Türk Ceza Kanunu itibarile daha ağır cezayı istilzam eylemediği halde beş liradan elli liraya kadar hafif para cezası ve üç günden bir aya kadar hafif hapis cezası verilir.*" (UHK, m.282) denilmek suretiyle cezalandırılacağı ifade edilmiştir.

Bunun yanı sıra, nüfusun artırılmasına yönelik UHK'da dikkat çekici bir düzenleme daha mevcuttur. O da, altı çocuklu kadınlara yıllık ücret verilmesi veya arzu ederlerse kendilerine madalya takdim edilmesidir (UHK, m.156/1). 1965 yılına kadar uygulanan bu düzenleme, devletin izlediği nüfusu artırmaya yönelik politikanın açık bir örneğidir.

Keza Cumhuriyet tarihinin ilk ceza kanunu olan mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilk halinde, 'çocuk düşürme'suçü -bir gebelik süresi belirlenmeksizin- kanunun 468. maddesinde düzenlenmişti. Buna göre, "Alet ve ilaç kullanılarak veya başkası tarafından kullanılmasına razı olarak çocuk düşüren kadın altı aydan üç seneye kadar hapis olunur." denilmiştir. Bilahare, 11.06.1936'da kabul edilen ve 23.06.1936 tarih ve 3337 sayılı resmi gazetede yayımlanan 3038 sayılı 'Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun'la, çocuk düşürme suçü şu şekilde yeniden düzenlenmiştir: "(1) İstiyerek çocuğunu düşüren kadına bir seneden dört seneye kadar hapis cezası verilir. (2) Yukarıki fıkrada yazılı cürme iştirak halleri dışında gebe bir kadını, çocuk düşürmeğe yarayacak vasıta tedarik etmek suretile çocuğu düşürmeğe tahrik eden kimse altı aydan iki seneye kadar hapis cezasile cezalandırılır." Bu değişikliklerle, çocuk düşürme suçünün cezasında belirgin şekilde artırıma gidildiği görülmektedir.

c. Geçiş Dönemi (1965-1983)

1961 Anayasası sonrası, sağlık hizmetlerindeki gelişmelere paralel olarak; çocuk ölümlerinin azalması, nüfusun yılda ortalama yüzde iki büyümesi ve özellikle 1955-1960 yılları arasında nüfus artışının bugüne dek en yüksek seviyeye çıkması, nüfus artışının getireceği sosyal ve ekonomik problemlerden duyulan çekince, nüfus planlamasında politika değişikliğine yol açmıştır (Çokar, 2008:21).

Bu bağlamda, öncelikle -sonradan mülga olan- 557 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (Mülga NPHK) hazırlanıp yürürlüğe konulmuştur. 01.04.1965 tarihinde kabul edilen ve 10.04.1965 tarih ve 11976 sayılı resmi gazetede yayımlanan bu kanunla; ilk kez, nüfus planlamasının gebeliği önleyici tedbirlerle sağlanacağı ifade edilmiştir (Mülga NPHK, m.1/2). Bu kanun, sadece gebeliği önleyici tedbirlerin önünü açmamış, ayrıca tıbbi zorunluluk halinde gebeliğe son verilebileceğini açıkça ifade etmiştir (Mülga NPHK, m.3/1). Bu tıbbi zorunluluk halleri, gebeliğin anne sağlığını tehdit etmesi, ceninin gelişmesini imkansız kılması veya doğacak çocuğu takip edecek nesillerde ağır maluliyetin ortaya çıkma ihtimalinin olmasıdır. Bu hallerden birinin bulunması halinde, gebelik süresi dikkate alınmaksızın gebeliğin sonlandırılması yoluna gidilebilecektir.

d. Sınırlı Serbestlik Dönemi (1983 Sonrası)

1983 yılı, 'sürelî-şartsız gebeliği sonlandırma hakkı'nın hukuk sistemimize girdiği yıl olması açısından önemli bir dönüm noktası olmuştur. Bu yılda yürürlüğe giren

yeni NPHK ile verilen bu hakla, günümüze kadar gelinmiştir³. Böylece Cumhuriyet döneminden günümüze, gebeliği sonlandırma hakkı, en geniş halini almıştır. Esasen 1983 tarihli NPHK'nın hukuk sistemimize girmesiyle ülkemizin nüfus planlama siyaseti de değişmiştir. 1926'dan itibaren uygulanan nüfusu arttırma politikasına dayalı hukuki düzenlemeler⁴, yerini aile planlamasına yönelik kanuni düzenlemelere bırakmıştır⁵.

Mülga 765 sayılı TCK yürürlükteyken, 27.05.1983 tarih ve 18059 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 2827 sayılı NPHK'yla 765 s. Kanunda düzenlenen çocuk düşürme suçu son kez değiştirilmiştir (2827 s. Kanun, m.9-13). Buna göre, çocuk düşürme suçunun kanuni düzenlemesine 'gebelik süresi on haftadan fazla olan' ibareleri eklenerek, suçun haksızlık muhtevası daraltılmıştır. Nihayet 26.09.2004 tarihinde kabul edilen 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı resmi gazetede yayımlanan ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu'nda, 'çocuk düşürme suçu' İkinci Kitap Özel Hükümler başlığının İkinci Kısım Kişilere Karşı Suçlar kısmının *Beşinci Bölümünün* 100. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme, 2827 sayılı 'Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'la genel itibariyle uyum içerisinde olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim TCK'nın madde gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: "*Çocuk düşürme ve düşürtme suçları açısından 24.5.1983 tarih(li) ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunda yer alan hükümler göz önünde bulundurulmak suretiyle bir düzenleme yapılmıştır*".

3 14-15 Nisan 1983 Danışma Meclisi yasa tutanaklarında hararetli tartışmalar olduğu görülmektedir. Operatör Doktor Zeki Çakmakçı lehte şunları söylemiştir: "*Tasarı ne bekaretin kutsallığına dokunmaktadır ne de kız ve kadınlarımızın namusunu ayaklar altına almaktadır. Sadece istenmeyen gebeliklere tıbbi koşullarda son vermeyi öngörmektedir.*" İhsan Göksel itirazında kürtajın serbest bırakılmasının "*fuhuşu arttıracağım*" belirtirken Mardin üyesi Beşir Hamitoğulları "*kürtaj ana rahmindeki bebe adayının katlidir, idamıdır*" demiştir. Hamitoğulları ertesi günkü tartışmalarda biraz daha ileri gitmiş, "*Ana rahmi yolgeçen hanı değildir. Kadın rahmi kalas veya kereste deposu değildir. İstenildiği zaman tahliye edilsin, istenildiği zaman yüklenin.*" demiştir. Buna rağmen Danışma Meclisi tasarıyı kabul etmiştir (<http://istifhanem.com/2012/05/26/rahimvedevlet/>, (erişim tarihi: 01.04.2016).

4 Mülga 765 s. TCK'daki düzenlemelerden başka, örneğin 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 237. maddesiyle yürürlükten kaldırılan, 18.03.1926 tarih ve 788 sayılı **mülga 'Memurlar Kanunu'nda**, belli sürelerle görev yapmış olan memurların çocuklarının ilkinden ücretin yarısı, diğer çocuklarından ise üçte biri alınarak yatılı okullara kabul edilecekleri belirlenmiştir. On yıl hizmet etmiş bir memurun ise bir çocuğunun parasız, diğer çocuklarının yarı ücretle yatılı okullara kabul edileceği kararlaştırılarak memurların çocuk sahibi olmaları teşvik edilmiştir (Mülga MK, m.88).

Keza 24.04.1930'da kabul edilen ve 06.05.1930 tarih ve 1489 sayılı resmi gazete yayımlanan 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 152. maddesiyle çocuk düşürmeye vasıta olan ilaç ve aletlerin satışı yasaklanmıştır. Bu yasağa muhalif hareket edenler ise, üç günden bir aya kadar hafif hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. (UHK, m.282). Halen yürürlükte olan bu kanunun 282. maddesi, 23.01.2008 tarihli 5728 sayılı kanunun 48. maddesiyle değiştirilerek, -hapis cezası kaldırılarak- şu şekli almıştır: "*Bu Kanunda yazılı olan yasaklara aykırı hareket edenler veya zorunluluklara uymayanlara, fiilleri ayrıca suç oluşturmadığı takdirde, ikiyüzlü Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.*"

5 Mülga 765 s. TCK'daki düzenlemelerden başka, halen yürürlükte olan Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun çocuk düşürmeye yönelik ilaç ve alet almayı yaptırma bağlayan 282.maddesi 24/9/1983 tarihli ve 2890 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

27.05.1983 tarih ve 18059 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, yeni 2827 sayılı ‘Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’, ‘Amaç’ başlıklı 1. maddesinde, “nüfus planlaması esaslarını, gebeliğin sona erdirilmesi ... hususlarını düzenleme”yi amaç olarak belirlemiş ve 2. maddesinde, “Bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez” demiştir. 5. maddesinde ise, “Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzere rahim tahliye edilir” (NPHK, m.5/1) demek suretiyle her anne adayına ‘gerekçesiz/şartsız’ on haftaya kadar kürtaj hakkı tanımıştır.

Aynı maddede, “Gebelik süresi on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir” (NPHK, m.5/2) denilerek annenin sağlığını tehdit eden tıbbi zorunluluk halinde kürtajın her durumda yetkili kişi tarafından yapılacağı ifade edilmiştir. ‘Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’ (RTSHYDİT), bu tıbbi zorunluluk hallerini sayma suretiyle tek tek belirlemiştir⁶.

Gebeliğini sonlandırmak için başvuran gebe kadın; ayırtetme gücüne sahip ve ergin ise, kendi başına bu işlemi yapılması için yetkili hekime gitmesi yeterli

6 RTSHYDİT, bu tıbbi zorunluluk hallerini, on üç grupta ekli (2) sayılı listede saymıştır. Buna göre, “...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 şunlardır:
A- Doğum ve Kadın Hastalıklarına Bağlı Nedenler
1- Daha önceki major uterin harabiyet ve hasarları a- Sezeryan Ameliyatı b- Miyomektomi c- Uterus rüptürü d- Geniş perforasyon e- Geçirilmiş vajinal plastik operasyonlar
1- Rekürren preeklampsi-eklampsi 2- Izoimmünizasyon 3- Mole hidatidiform
B- Ortopedik Nedenler
1- Osteogenezis imperfekta 2- Ağır kifoskolyoz 3- Doğumu güçleştiren osteomyelit 4- Faaliyet halinde bütün mafsalları ilgilendiren osteoartiküller hastalıklar
C- Kan Hastalıklarına Bağlı Nedenler
1- Lösemi 2- Kronik anemiye neden olan hastalıklar 3- Lenfomalar 4- Pıhtılaşma defektleri 5- Hemolitik Sarılıklar 6- Agranulositozis 7- Tromboembolik hastalıklar 8- Hemoglobinopatiler ve talasemi sendromları (ağır klinik ve hematolojik bozukluğa neden olan) 9- Gamaglobulinopatiler
D- Kalp ve Dolaşım Sistemi Hastalıkları
1- Doğumu engelleyen konjenital ve akkiz kalb hastalıkları 2- Kalp yetmezliği, perikardit, miyokardit, miyokard enfarktüsü aşkar koroner yetmezliği, arteriyel sistem anevrizmaları 3- Ağır tromboflebitler ve lenfatik sistem rahatsızlıkları 4- Ağır bronşektaziler 5- Solunum fonksiyonunu bozan kronik akciğer hastalıkları
E- Böbrek Hastalıkları
1- Akut ve kronik böbrek hastalıkları
F- Göz Hastalıkları
1- Dekolman 2- Renal hipertansif ve diyabetik retinopatiler
G- Endokrin ve Metabolik Hastalıklar
1- Feokromositoma 2- Adrenal hiperfonksiyon ya da yetmezliği 3- Kontrol altına alınamayan hipotiroidi veya hipertirodi 4- Pratiroid hiperfonksiyon ya da yetmezliği 5- Ağır hipofiz hastalıkları
H- Sindirim Sistemine Bağlı Nedenler
1- Gebeliğin devamını engelleyen sindirim organları hastalıkları
1- İmmünolojik Nedenler
1- İmmün yetmezliği hastalıkları Kollajen doku hastalıkları J- Bütün Malıgn Neoplastik Hastalıklar
K- Nörolojik Nedenler
1- Grand mal epilepsi 2- Multiple skleroz 3- Muskuler distrofi 4- Hemipleji ve parapleji 5- Gebeliğin devamını engelleyen ağır nörolojik hastalıklar
L- Ruuh Hastalıklarına Bağlı Nedenler
1- Oligofreni 2- Kronik şizofreni 3- Psikoz manyak deprediv (PMD) 4- Paronoya 5- Uyuşturucu bağımlılıkları ve kronik alkolizm
M- Enfeksiyon Hastalıkları
1- Teratojen intra uterin enfeksiyonlar a- Kızamıkçık b- Toksoplazmozis c- Sitomegalovirus d- Herpes virus grubu hastalıklar 2- Cücam 3- Sitma 4- Frengi 5- Brusella ve diğer ağır kronik enfeksiyonlar
N- Konjenital Nedenler
1- Marphan sendromu 2- Mesane ekstrofisi 3- Down sendromu 4- Sakat çocuk doğurma ihtimali yüksek diğer herediter hastalıklar 5- Gonadlara zararlı röntgen ışını ve ilaç 6- Teratogenik ilaçlar 7- Nörofibromatozis hastalıklarıdır.”

olacaktır. Eğer ergin değilse, velisinin iznine; vesayet altında ise, vasisiyle birlikte sulh hukuk hakiminin iznine gerek bulunmaktadır (NPHK, m.6/1). Dolayısıyla ergin olmayan gebe bir bayan, yasal temsilcisinin izni yoksa çocuğunu aldırarak istese de aldiramayacaktır. Gebe kadın evliyse, eşin rızası da gerekecektir (NPHK, m.6/2).

Kanunun düzenlenmesine göre, iki durumda gebe kadından istenecek ‘izin şartı’ aranmayacaktır; birincisi, kişinin akıl maluliyeti sebebiyle şuur serbestisine sahip olmama durumudur. İkincisi ise, veli ya da sulh mahkemesinden izin alınmasının zaman ihtiyacı gösterdiği ve derhal müdahale edilmemesinin hayatı ve hayati organlardan birini tehdit ettiği - mesela bir trafik kazası şuurunu kaybetmiş anne adayının hemen ameliyata alınması gerektiği- acil hallerdir (RTSHYDİT, m.14/1,2).

RTSHYDİT, m.14/1,2’de düzenlenen bu istisnai haller dışında, mutlaka yazılı rıza ile gebelik sonlandırıldığından, sözlü yapılması hukukumuzda mümkün değildir⁷. Gerekli izinlerin varlığı halinde; gebeliğin sonlandırılması, ancak resmi tedavi kurumlarıyla (devlet hastaneleri), anestezi uygulanabilen özel hastanelerde veya kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının muayenehanelerinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir (RTSHYDİT, m.4/1) .

Burada izin konusunda şöyle bir problem ortaya çıkması mümkündür: Eğer gebe kadın çocuğunu yasal süre içerisinde aldırarak isteyip de, kanuni temsilcisi veya eşi izin vermezse ne olacaktır? Örneğin, kadın çocuğunu aldırarak istiyor, fakat eşi çocuk sahibi olmak istiyor. Bu durumda kanuni düzenlemeye göre, kadın istemediği çocuğu doğurmak zorunda kalacaktır. Kanaatimizce eğer ortada doğumun yapılması için haklı bir sebep varsa, mesela aile çok çocuk sahibidir, çocukların geçimini aile sağlamak zorlandığından, gebe kadın artık çocuk sahibi olmak istememektedir. Bu gibi haklı sebeplerin varlığı halinde, kanaatimizce Türk Medeni Kanunu’nun evlilik birliğinin korunmasını düzenleyen maddesinin uygulanması mümkündür. Bu düzenlemeye göre, “Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hakim müdahalesini isteyebilirler.” (TMK, m.195/1). Dolayısıyla gebeliği sonlandırmaya karşı çıkan eşe karşı, haklı sebebi olan kadın, hakim kararıyla kürtaj yapabilmelidir (Tek, 2012:67).

Hemen belirtelim ki, NPHK belirlenen on haftalık gebeliği sonlandırma süresiyile TCK’da düzenlenen özellikle çocuk düşürme suçundaki süre paralel olsa da, bazı durumlarda bu iki kanun arasında uyumsuzluk görülebilmektedir. Mesela NPHK’da belirlenen evli gebe kadının eşinin rızasını alması gerekliliği TCK’da dikkate alınmamıştır. Gerçekten de, NPHK, 6. maddesinde, “... belirtilen müdahale (kürtaj), gebe kadının iznine ... evli iseler ... rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir” şeklindeki düzenlemesine karşın; TCK ise, çocuk düşürme unsurlarında eşin rızasının olmamasını

7 RTSHYDİT, m.13’te yazılı rızaları açıkça ifade etmiş olup tüzüğün ekli belgesinde örneğini göstermiştir. Keza 11.04.1928 tarihli ve 1219 sayılı ‘Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. maddesinde de, “Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri (yazılı) olması lazımdır” denilmiştir.

düzenlenmiştir. Bu şu demektir: NPHK'da düzenlenen eşin rızası olmaksızın gebeliği sonlandıran hekim, TCK bakımından suç işlemiş sayılmayacak, yalnızca NPHK'da belirlenen adli para cezasıyla cezalandırılacaktır. Esasen bu adli para cezası da, bilahare 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanununun 401. maddesiyle kaldırılmıştır. Şu an itibariyle, NPHK eşin rızası olmaksızın yapılan rahim tahliyelerini yaptırımı olmaksızın yasaklamaktadır. TCK ise, eşin rızasını değil, sadece gebe kadının rızasının olmamasını belirli durumlarda (TCK, m.99/1,5) suçun oluşması için yeterli görmektedir.

Özetle, kanunilik ilkesi gereği, çocuk düşürme suçunda, eşin rızası suçun bir unsuru olarak düzenlenmediğinden eşin rızasının alınmamasının ceza hukuku açısından bir sorumluluğu olmayacaktır.

Burada şu hususu da tartışmak gerekecektir. Gebeliğin sonlandırılmasında, NPHK'da eşin rızası bir önem arz etmekteyken, TCK'nın bu fiili cezalandırmaya layık görmemesi ne kadar hukuken ve ahlaken yerinde olmuştur? Bu fiilin yaptırımsız kalması, erkeğin de üreme hakkının elinde alınması değil midir? Eşinden izin alınmaksızın gebelikleri sonlandırma fiillerini, cezasız bırakarak ne kadar aileyi ve devleti korumuş olmaktadır? Bu sorulara cevap vermeden hemen ifade edelim ki, evli bir bayanın yasal süre içerisinde de olsa, eşinin rızası olmaksızın gebeliğini sonlandırması, TCK'da bir yaptırıma bağlanması gerektiği kanaatindeyiz. Gerçekten de kadın kadar, erkeğin de bir üreme hakkı vardır ve bu hakkın sağlıklı bir şekilde kullanılması mümkün olmalıdır. Nitekim NPHK, gebeliği sonlandırmada, her iki eşin de rızasının gerektiğini açıkça ifade etmiştir (m.6/2). İkinci olarak, Anayasamızın, *Ailenin Korunması* başlıklı 41. maddesinde, *"Aile, Türk toplumun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır"* (m.41/1) demek suretiyle bir eşitlik prensibi ortaya koymuş ve bunu bir sonraki fıkrada koruyacağını açıkça ifade etmiştir: *"Devlet, ailenin huzur ve refahı ... için gerekli tedbirleri alır"* (m.41/2). Bu anayasal hükümlerden hareketle, evli bir bayanın eşinden habersiz yasal süre içerisinde çocuğunu düşürmesi, ne kadar bu eşitlik prensibine uygundur ve ne kadar böyle aileler huzur içerisinde hayatına devam edebilir? Şu halde, evli kocanın izninin arandığı NPHK'nın hükmüne paralel bir düzenlemenin de, yaptırıma bağlanarak TCK'da olması hukukun, ahlakın gereğidir. Keza eşinden habersiz eşyasını çalmayı cezalandırmamakla (TCK, m.167/1(a)), eşinden habersiz çocuk düşürmeyi cezalandırmamak bir kalmamalı, malvarlığı hakkıyla kocanın üreme hakkından yoksun bırakılması bir tutulmamalıdır. Özetle bu fiillerin yaptırımsız kalması, ahlaken ve hukuken bir fayda getirmemekle birlikte, kocanın da üreme hakkı bir nevi elinden alınmış olmaktadır. Bu mülahazalarla, TCK'nın 100. maddesinin ikinci fıkrasına, kanaatimizce şikayete bağlı şöyle bir suç tanımı eklenmesi mümkündür: *"Eşinin rızası olmaksızın, gebelik süresi 10 hafta içerisinde çocuğunu düşüren kadına, eşinin şikayeti üzerine, birinci fıkradaki cezaya hükmolunur."*

Keza gebeliği sonlandırmayla ilgili bir ameliyatı yapacak hekimin müdahalesinde aşağıdaki şartlar yoksa ayrıca hekim açısından hukuki sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu şartlar;

- ❖ Öncelikle ameliyatı gerçekleştirecek hekimin kanunen yetkili bir hekim olması⁸,
- ❖ Ameliyat olacak kişinin yazılı rızası⁹,
- ❖ Bu ameliyat tıp biliminin verilerine uygun olması (Özgenç, 2015:355),
- ❖ Ameliyat olacak kişinin kendisine uygulanacak işlemle ilgili etki ve sonuçları bakımından yeterince bilgilendirilmiş olması (aydınlatılmış onam)¹⁰ gerekmektedir (Hakeri, 2015:174.).

İşte bu dört şarttan birinin eksikliği dolayısıyla ilgili hekimin hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir. Ayrıca 28.04.2004 tarihli Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği'ne göre, “*hastanın aydınlatılmamış onamını usulüne uygun olmaksızın tıbbi girişimde bulunmak*” para cezasını gerektirmektedir (TTBDY, m.4/1(s)).

Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme Suçu (M.100)

Hemen ifade edelim ki, TCK 99 ve 100. maddelerinin başlığı olan ‘çocuk düşürme’ ibaresindeki ‘çocuk’ kelimesi kanun tekniğine uygun düşmemiştir. Çünkü Türk Ceza Kanunu’nun ‘Tanımlar’ başlıklı altıncı maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde; çocuk kelimesi, “henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanıp

- 8 18.12.1983 tarih ve 18255 sayılı resmi gazetede yayımlanan ‘*Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük*’e göre; kadınlarda sterilizasyon ameliyatı, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanlarınca; erkeklerde ise, üroloji, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanlarıyla bu konuda Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs göyerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlerce yapılacaktır (RTSHYDİT, m.10/2,3).
- 9 Bu yazılı izin belgesi, reşitse kendisinden, küçükse velisinden, vesayet altındaysa vasi ve yetkili sulh hakiminden evliyse eşinden alınması gerekecektir (RTSHYDİT, m.15’in göndermesiyle m.13).
- 10 ‘Aydınlatılmış onam’ olarak ifade ettiğimiz, hastanın hekim tarafından her türlü teşhis veya tedavi öncesi bilgilendirme yükümlülüğü, 01.08.1998 tarihinde kabul edilen ve 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı ‘*Hasta Hakları Yönetmeliği*’nde açık bir şekilde düzenlenmiştir. 08.05.2014 tarihli ‘*Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*’le değişik Yönetmeliğin ‘*Bilgilendirmenin Kapsamı*’ başlıklı 15. maddesinde,

“*Hastaya;*

- a) *Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,*
- b) *Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,*
- c) *Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,*
- c) *Muhtemel komplikasyonları,*
- d) *Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,*
- e) *Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,*
- f) *Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,*
- g) *Gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği,*

hususlarında bilgi verilir.” (HHY, m.15) denilerek hastanın sağlık durumu ile ilgili bilgi alma hakkının kapsamı belirlenmiş olmaktadır.

bilahare ‘çocuk düşürme’ ve ‘çocuk düşürme’ suçlarının tanımlanması doğru olmamıştır. Çünkü burada düşen veya düşürülen Türk Ceza Kanunu anlamında bir çocuk değildir. Kanaatimizce cenin kavramı, gebelik sürecinin belirli bir bölümünü ifade ettiğinden, “gebeliğin sonlandırılması” ibaresini kullanmak daha yerinde olacaktır.

A. Kanuni Tanım

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 100. maddesinde ‘çocuk düşürme’ başlığı altında, “*Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*” denilerek ‘çocuk düşürme suçu’ tanımlanmıştır.¹¹

5237 sayılı TCK’nın 100. maddesinde düzenlenen ‘çocuk düşürme’ suçu ile mülga 765 sayılı TCK’da tanımlanan ‘çocuk düşürme’ suçunu karşılaştırdığımızda belirgin bir yaptırım farkı göze çarpmaktadır. Gerçekten de, 765 sayılı TCK’nın 469. maddesinde çocuğunu düşüren kadına 4 yıla kadar hapis cezası verilebileceken; bu süre yeni TCK’da bir yıla sınırlandırılmıştır. Madde gerekçesinde bu hususun nedeni açıklanmamakla birlikte, kanaatimizce yeni TCK’daki bu düzenleme, izlenen ceza siyaseti açısından caydırıcılıktan uzak kalmıştır (Özbek vd., 2015:305).

B. Korunan Hukuksal Değer

Öğretide, Dönmezer, bu suç ile korunan hukuksal değer; ceninin hayatı, dolayısıyla nüve halindeki insan hayatı ve devletin nüfus politikası olduğunu belirtir (Dönmezer, 1984:10). Konan ise, bu suçla korunan hukuksal değeri şu şekilde sıralamaktadır: Ceninin hayat hakkı, gebe kadının sağlığı ve nüfusun azalmaması şeklinde ortaya çıkan kamu yararadır (Konan, 2008:323). Hafizoğulları/Özen’e göre ise, bu suçla korunan hukuksal değer, beşeri hayatın başından başlayarak, esenliğinin ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin kamusal yararadır (Hafizoğulları vd., 2015:146). Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe de, korunan hukuksal değeri üçe ayırmaktadır: Bunlar, ceninin gelecekteki yaşam hakkı, devletin nüfus politikası ve gebe kadının sağlığıdır (Özbek vd., 2015:306).

Kanaatimizce çocuk düşürme suçunda korunan hukuksal değer, öncelikle ‘ceninin hayatı’dır. Bununla birlikte, ‘annenin hayatı, vücut bütünlüğü ve biyolojik anne olma hakkı’ da, ikincil olarak korunan hukuksal değer içerisinde mütalaa edilmelidir. Çünkü ceninin sağlıklı bir şekilde hayatını devam ettirebilmesi, annenin sağlıklı

11 Kanunun ‘çocuk düşürme’ suçunun düzenlendiği 100. maddesinin gerekçesinde, şu açıklamalara yer verilmiştir: “*Maddede gebeliğin on haftayı aşmış bulunmasına karşın, çocuğunu kasten düşüren kadına verilecek ceza gösterilmektedir.*

Bu durumda bulunan kadına çocuk düşürmesini sağlayacak veya bu hususa yarayacak vasıta tedarik eden veya çocuğunu düşürmesi hususunda onu teşvik veya tahrik eden kimsenin suça iştiraktan dolayı cezalandırılacağı açıktır” (TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664, s.508.).

bir şekilde hayatını devam ettirebilmesine bağlıdır. Bunun yanı sıra, ‘devletin nüfus planlaması politikası’ da, bu suçla korunan hukuksal değer içerisinde mütalaa edilmesi mümkündür.

Bunların dışında öğretide, genel ahlak kavramı da bu suçla korunan hukuksal değer içerisinde mütalaa edilmektedir ki, biz bu görüşe katılmamaktayız. Genel ahlak kavramı, öncelikle soyut ve genel bir kavramdır. Soyut ve genel bir kavramı bu suç ile korunan hukuksal değer içerisinde değerlendirirsek, tüm suçlara da kullanılabilir bir hale gelecektir (Kitapçioğlu, 2012:302).

C. Suçun Konusu

Suçun konusunu, suçun maddi ve hukuki konusu olmak üzere iki farklı şekilde incelemek mümkündür.

1. Maddi Konu

Çocuk düşürme suçunun maddi konusu cenindir. Dolayısıyla bu suçun oluşması için kadının öncelikle ‘gebe’ olması gerekir. Yoksa suçun konusunun yokluğundan bu suç oluşmayacaktır. Örneğin mahalledeki dedikodulara aldanıp biraz kilo almış kızını tekmeleyerek döven babaya çocuk düşürmeden veya bu suça teşebbüsten değil, kasten yaralama fiilinden cezalandırılması yoluna gidilecektir. Keza çocuk düşürme suçunun işlenmesiyle, suçun konusu olan ceninin düşmesinden bahisle bir zarar meydana geldiğinden, bu suç bir zarar suçudur (Özgenç, 2015:212).

2. Hukuki Konu

Çocuk düşürme suçunun hukuki konusu, suç ile korunan hukuki değer ile aynıdır. Yani öncelikle ceninin yaşama hakkıdır.

Ç. Fail

Çocuk düşürme suçunun faili, ceninin göbek kordonuyla bağlı olduğu anne adayı, yani gebe kadındır. Dolayısıyla herkes bu suçun faili olamayacağından burada özgü faillik söz konusudur (Hafızoğulları vd., 2015:146). Örneğin gebelik süresi 10 haftadan fazla olan bir kadın, gebeliği sonlandırmaya tesir edici bir hap yutması durumunda çocuğunu düşürürse, çocuk düşürme suçunun faili, cenini vücudunda taşımış olan gebe kadın olacağına kuşku yoktur. Eğer yuttuğu hap, gebe kadının da ölümüne sebebiyet verirse, tartışılacak iki husus vardır. Birincisi, gebe kadının ölmesinin ceza hukuku açısından değeri; ikincisi ise, çocuk düşürme suçunun failinin tespitidir. İlk olarak, kadının ölmesi durumu herhangi bir suçu oluşturmayacaktır; çünkü, intihar suç olmadığı gibi, buna dikkatsiz ve özensiz davranışlarla sebep olmak da, suç olarak düzenlenmiş değildir. Ceninin düşmesi fiili ise, çocuk düşürme suçunu oluşturmakla birlikte, faili artık hayatta olmadığından bir yaptırım uygulanması

mümkün olmayacaktır. Burada tartışılacak bir diğer husus, gebe kadının ceninden önce ölmesidir. Bu durumda da, gebe kadın fail sayılıp sayılmayacağı tartışılabilir. Kanaatimizce, icra hareketleri gerçekleştirildiğinde failin hayatta olması yeterli olacaktır, hapi içme anında icra hareketleri başladığı için çocuk düşürme suçu tamamlandığında gebe kadın hayatta olmasa da, bu suçun faili sayılacaktır.

D. Mağdur

Çocuk düşürme suçunun mağduru ise, öğretide tartışmalıdır. Yılmaz'a göre, mağdur suçun konusunun ait olduğu kişi olduğundan bu suçun mağduru ceninin anne ve babasıdır (Yılmaz, 2001:718). Konan'a göre ise, anne adayı ve cenin birlikte mağdur durumundayken (Konan, 2008:323), Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre ise, bu suçun mağduru genel olarak toplum ve devletken; gebe kadın bu suçun hem mağduru hem de suçtan zarar görenidir (Özbek vd., 2015:307).

Kanaatimizce modern ceza hukuklarında suçun faili ile mağduru aynı kişi olmayacağından bu suçta, gebe kadın, çocuk düşürme suçunun hem faili hem de mağduru olamayacaktır. Cenin ise, doğum gerçekleşmeden düştüğünden, Medeni Kanun anlamında gerçek kişi olamayacağı için ve mağdur da ancak gerçek kişi olabileceğinden, bu suçta muayyen bir mağdur yoktur. Dolayısıyla, muayyen bir mağdurdan söz edilemeyen suçlarda, toplumu oluşturan ve yaşama hakkına sahip olan herkes mağdur edildiğinden (geniş anlamda mağdur kavramı), çocuk düşürme suçunun mağduru, toplumu oluşturan yaşama hakkına sahip herkeştir. Baba adayı ise, kanaatimizce bu suçun suçtan zarar görenidir.

E. Suçun Maddi Unsuru

1. Hareket

5237 sayılı TCK'nın 100. maddesinde düzenlenen 'çocuk düşürme' suçunun maddi unsuru olarak fiil, gebe kadının çocuğunu kendiliğinden düşürmesidir. Bu fiil, suçun kanuni tanımında düzenlendiği üzere, gebelik süresinin 10. haftasından fazla olması halinde icra edilebilecektir. Gebeliğin başlangıcının tespiti ise, bu suçun tamamlanıp tamamlanmadığının belirlenmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Uygulama da, uygulayıcılar, gebeliği kadının son adet döneminin ilk gününden itibaren başlatmaktadır. Yumurtanın ne zaman parçalandığı veya spermle ne zaman birleştiği kesin olarak tespit edilememesinden dolayı, bu şekilde gebelik süresi hesaplanmaktadır (Tunalı, 2015:202).

Dolayısıyla gebe olmayan bir kadının, bu suçun kanuni tanımındaki fiili işleyemeyeceği gibi, gebelik süresi 10 haftayı geçmemiş bir kadın da, yine bu fiili işleyemeyecektir. Görüleceği üzere, bu suçun gerçekleşmesi iki şarta bağlıdır. Bunlardan birincisi kadının gebe kalması, ikincisi ise, gebelik süresinin 10 haftayı geçmiş

olmasıdır¹². Başka bir ifadeyle, çocuk düşürme suçundan söz edebilmemiz için suçun tamamlandığı anda kadın, gebeliğinin en az 11. haftasında bulunmalıdır.

Dikkat edilirse, bu suçun kanuni tanımında yer alan iki şart, suçun cezai sorumluluğunu oldukça daraltmaktadır. Dolayısıyla 11. haftadan önce çocuk düşürmeyle neticelenen fiillerin tamamı bu suçun kapsamı dışında kalmaktadır. Esasen burada yetkili hekime, gebeliğin süresinin tespiti konusunda bir araştırma görevi de yüklenmiş olmaktadır¹³.

İfade edelim ki, gebelik süresi 11. haftayı bulmayan bir kadının kendi kendine çocuğunu düşürmesi ceza sorumluluğu dışında kalmaktadır. Özellikle gebe kadının sağlıklı koşullarda çocuğunu düşürmeye yönelik bu fiillerinin hiçbir şekilde cezai sorumluluğun bulunmaması oldukça düşündürücüdür. Bu durumdan istifade ederek, çocuk düşürmeye iştirak eden kişilerin sorumluluktan kurtulmak için fiili gebe kadının üzerine bırakmaları ihtimali de, kuvvetle muhtemeldir. Gerçekten gerek bebeğini tek başına doğurarak kendini yeterli gören kadının, kendinin ve bebeğinin sıhhatini koruyamaması veya ölümlerine sebep olması ihtimali; gerekse de, üçüncü bir kişinin yardımıyla çocuğunu düşüren kadının, üçüncü kişiyi isteyerek veya istemeyerek korumak için fiili bizzat kendisinin üstlenmesi bu fiilin cezasız kalmaması için yeterli olduğu kanaatindeyiz. Günümüzde ‘özgür doğum’ adıyla popülerlik kazanan bu doğumun herhangi bir cezai sorumluluğunun olmamasını altını çizerek ifade edelim ki, önemli bir eksiklik olarak görmekteyiz (Özbek vd., 2015:308).

Bazı durumlarda gebelik, doğumu netice vermeye elverişli olmayabilmektedir. ‘Dış gebelik’ veya tıp biliminde ‘ektopik gebelik’ olarak isimlendirilen bir istisnai durum vardır ki, zigotun gelişimi anne rahmi dışında gerçekleştiğinden hiçbir şekilde doğumun gerçekleşme ihtimali bulunmamaktadır. Bu gebelikte, fallop tüpleri için-

12 Kanaatimizce, gebelik süresinin 10 haftayı geçmiş olması, ne bir ön şart, ne de bir objektif cezalandırılabilme şartıdır. Ön şart olamaz; çünkü bu durum, ifade ettiğimiz üzere, suçun maddi unsurları gerçekleşmeden önce mevcut olması gereken bir şart değildir, aksine fiilin icrasından sonra netice gerçekleştiği anda yani çocuk düştüğünde, gebelik süresi 10 haftayı geçmiş olmalıdır.

Gebelik süresinin 10 haftayı geçmiş olması, kanaatimizce bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak da değerlendirilemez. Çünkü objektif cezalandırılabilme şartı, öğretilde kabul edildiği üzere fiilin haksızlık muhtevasını etkilemeyen kast kapsamında değerlendirilemeyen hususlardır. Burada ise, çocuk düşürme suçunun oluşması için; gebe kadın, gebelik süresinin 10 haftayı geçtiğini kesin olarak bilmesi veya öngörmesi gerektiğinden bu husus objektif cezalandırılabilme şartı olarak da değerlendirilemeyecektir. Kanaatimizce gebelik süresinin 10 haftayı geçmiş olması, çocuk düşürme suçu açısından kast bilgisi içerisinde mütalaa edilecek fiilin bir unsurudur.

13 Buradaki araştırma görevi, sadece gebeliğin süresinin 10 haftayı geçip geçmediği değildir. Gebe kadının yaşı, bir suç mağduru olup olmadığı, gerektiği takdirde veli veya vasisinin ya da eşinin rızasının bulunup bulunmadığını da kapsayan geniş bir araştırma yükümlülüğü hekime yüklenmiştir.

Burada bir hususa daha dikkat çekmek istemekteyiz. 5237 sayılı TCK’nın 104. maddesinde ‘reşit olmayanla cinsel ilişki’ suçu düzenlenmiştir. Buna göre, 18 yaşını doldurmuş bir kişiyle rızasıyla dahi olsa, cinsel beraberlik bir ceza yaptırımını gerektirebilmektedir. Dolayısıyla mesela bir hekim, gebeliği sonlandırmak için kendisine gelen bayanın, 18 yaşından önce gebe kaldığını tespit etmesi durumunda, mutlaka yetkili adli mercilere bu durumu -TCK m.104’deki suçun işlenip işlenmediğinin tespiti için- bildirmesi gerekmektedir, kanaatindeyiz.

de büyüyen zigot, ilk iki ay içinde alınması gerekmektedir, aksi halde tüpleri patlatıp iç kanamaya sebep olacak ve kadının ölümüne sebebiyet verebilecektir (Simkin vd., 2015:96). İşte anne rahmi dışında gelişen zigotun iki ay içinde gebe kadın tarafından düşürülmesi durumu kanaatimizce TCK düzenlemesi dışında kalmaktadır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, 100. maddede düzenlenen çocuk düşürme suçunda, kanun deyiimiyle düşen çocuğun, en azından az da olsa, doğma potansiyeli bulunmalıdır. Yoksa hiçbir şekilde doğma ihtimali olmayan anne rahminde dahi bulunmayan varlığın düşmesi, çocuk düşürme suçunu oluşturmayacağı kanaatindeyiz.

Bu istisnai hal dışında, çocuk düşürme suçunun tamamlanması için, gebelik süresi en az 11. haftasında olan kadının icra ettiği fiil, ceninin ölmesini sağlamalıdır. Anne karnında daha önceden ölmüş ama 11. haftasında veya daha sonra vücuttan atılmış ise, çocuk düşürme suçunun oluşmayacağı açıktır. Buna karşılık, cenin canlı doğmuş ve öldürülmüş ise, yine çocuk düşürme suçu değil, nitelikli adam öldürme suçu oluşmuş olacaktır (TCK, m.82/1(e)).

Gebelik süresinde aranan 10 haftalık süreye, TCK istisnai bir hal getirmiştir. O da kanunun m.99/6'da düzenlenmiştir. Buna göre, *“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.”* Bu düzenlemeyle cinsel dokunulmazlığına yönelik bir fiil sonucu gebe kalan kadın, gebelik süresi 20 haftayı aşmadan ancak hastane ortamında ve yetkili hekim marifetiyle gebeliğini sonlandırabilecektir. Burada tartışılması gereken iki husus mevcuttur. Birincisi, cinsel saldırı sonucu gebe kalan kadın, gebelik süresi 10 haftadan fazla ve 20 haftadan az iken, kendi imkanlarıyla çocuğunu düşürmesi halidir. Bu durumda kadın, çocuk düşürme suçundan mı sorumlu tutulacaktır, yoksa TCK m.99/6'nın uygulama alanı bulması mümkün müdür? Kanaatimizce, her ne kadar TCK m.99/6; cinsel saldırı sonucu gebe kalan kadına çocuğunu aldırması için, yirmi haftalık bir gebelik süresi tanımış olsa da, bunun ancak hastane ortamında yapılmış olması bir cezasızlık sebebidir. Dolayısıyla gebe kadın, çocuk düşürme suçundan sorumlu tutulmalıdır. Çünkü gebelik süresi on haftadan fazla olan kadın, çocuğunu düşürmüştür (Özbek vd., 2015:307).

İkinci husus ise, bir suç sonucu gebe kalan kadının yirmi haftadan sonra çocuğunu düşürmesi halidir. Bu durumda da yukarıda ifade ettiğimiz gerekçelere dayanarak kanaatimizce, TCK m.100'e göre, çocuk düşürme suçu oluşmuş olacaktır.

Çocuk düşürme suçunun ne şekilde işleneceği kanunla belirlenmediğinden, herhangi bir şekilde, aletle veya ilaçla işlenebileceğinden bu suç, serbest hareketli bir suçtur. Keza bu suç icrai davranışla işlenebileceği gibi, ihmali davranışla işlenmesi mümkün gözükmemektedir. Örneğin kendisine fiziki güç kullanarak gebe kadının çocuğunu düşürmesi durumunda icrai davranışla çocuk düşürme suçu işlenmiş olacaktır.

Keza çocuk düşürme fiiliyle ilgili bir hususa daha değinmek istemekteyiz. O da, tüp bebekle laboratuar ortamında yapay döllenenin yapılması ve bilahare bunun anne rahmine konulmadan önce zarar görmesi veya imha edilmesi durumudur. Bu durumda çocuk düşürme veya çocuk düşürtme suçu oluşmuş olacak mıdır? Gebelik süresi nasıl belirlenecektir? Öncelikle ifade edelim ki; dış ortamda yapılan yapay döllenede, kültür ortamında embriyo oluştuktan sonra anne rahmine yerleştirme işlemi yapılmaktadır ve bu da uygulamada yaklaşık bir hafta kadar tüpün laboratuar ortamında kalması demektir. Bu süre içerisinde tüpün zarar görmesi, kanaatimizce çocuk düşürme veya çocuk düşürtme suçunu oluşturmayacaktır. Çünkü suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, TCK m.99 ve 100'de belirtilen fiillerin gerçekleşmesi için, öncelikle kadının gebe olması gerekmektedir. Dolayısıyla tüp bebek işleminde her ne kadar dış ortamda bir döllenen gerçekleştirilmiş olsa da, henüz gebe olan bir kadın mevcut değildir. Dolayısıyla bu fiillerin herhangi bir cezai sorumluluğu olmadığı kanaatindeyiz. Kanaatimizce gebelik süresi de, tüp içerisinde yapay döllenenin yapıldığı andan itibaren değil, anne rahmine yerleştirilme anından itibaren, geçmişe yönelik olarak hesap edilmelidir.

Burada konuyla ilgili bir hususa daha dikkat çekmek istemekteyiz. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, tüp bebek işlemi için, kadından cerrahi yolla alınan yumurta hücreleri, spermle deney tüpünde birleştirilmektedir. Laboratuar ortamında embriyo oluşana kadar bekletilmektedir. Bilahare oluşturulan embriyo, kadının rahmine yerleştirilmektedir¹⁴. Dolayısıyla Türk Medeni Kanun'unda belirtilen "Çocuk ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder" (TMK, m.28/2) ifadesi, deney tüpünde döllenen cenin için, "deney tüpünde döllendikten itibaren" olarak anlaşılacak mıdır? Tüp bebekle doğanların hak ehliyeti hangi andan itibaren başlayacaktır? Bu hususun tespiti, özellikle hak ehliyetinin sınırlarının belirlenmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Bu problemin farklı şekillerle çözülmesi mümkündür. Deney tüpünü anne rahmi olarak görmek şeklinde bir geniş yorum yapılabileceği gibi; kanaatimizce Medeni Kanun'da yer alan "ana rahmine düştüğü an" ibaresini "anne rahmine yerleştiği an" olarak anlamamız yeterli olacaktır. Yani deney tüpünde döllenen varlığın anne rahmine yerleştirilmesiyle hak ehliyeti başlamalıdır. Aksi halde, geçmişe etkili olarak laboratuar ortamında döllenmeyle hak ehliyeti başlatılırsa, burada deney tüpüne yapılan müdahalelerin çocuk düşürme veya çocuk düşürtme suçlarına sebebiyet vermesi gündeme gelir ki, kanaatimizce işin içinden çıkılmaz bir hal söz konusu olacaktır. Özetle, Medeni Hukuk anlamında hak ehliyeti, deney tüpünde döllenen varlığın anne rahmine yerleştirilmesiyle başladığı kabul edilmesi, kanaatimizce daha uygun gözükmektedir.

2. Netice

Çocuk düşürme suçu, neticeli bir suçtur. Bu suçta aranan netice, çocuğun düşmesidir. Yani gebe kadının çocuğunu düşürmesiyle, bu suç tamamlanmış olacaktır.

¹⁴ Özdemir, "Üreme Merkezlerinin Yapay Döllenmelerden Dolayı Hukuki Sorumluluğu", s.3.

Bunun için ceninin ana rahminden ayrılması gerekmemele birlikte, doğumdan önce cenin canlılığını kaybetmelidir.

3. Nedensellik Bağı

Çocuk düşürme suçunda nedensellik bağı, gebe kadının fiiliyle çocuğunu düşürmüş olmasını ifade etmektedir. Yani çocuğun düşmesi, gebe kadının fiilinin sonucu olmasıdır. Örneğin gebeliği sonlandırmaya tesir eden ilacı içen gebe kadın A, gittiği yemek davetinde birinin ona çarpmasıyla merdivenlerden düşmesi sonucu çocuğunu düşürürse, bu durumda çocuğun düşmesi, A'nın ilacı içmesinin sonucu değil, gerekli dikkat ve özen gösterilmeden düşürülmesi sonucu olduğu ortadadır. Dolayısıyla A'nın ilacı içmesiyle çocuğun düşmesi arasında uygun illiyet bağı olmadığından ancak A'nın çocuk düşürmeye teşebbüsten sorumluluğu söz konusu olacaktır.

F. Suçun Manevi Unsuru

Çocuk düşürme suçu, ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun kanuni tanımında geçen "çocuğunu isteyerek düşürmesi" ibaresi, bu suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla bu fiillerin olası kastla işlenmesi halinde, cezai sorumluluğu bulunmayacaktır (Özbek, 2015:308). Kadının gebe olması ve gebelik süresinin 10 haftadan fazla olması kast bilgisi içerisinde mütalaa edilmelidir. Başka bir ifadeyle, doğrudan kastta, fail hareketiyle kanuni tanımda düzenlenen haksızlığı gerçekleştireceğini kesin olarak bilmesi veya öngörmesi gerektiğinden; kadın da en azından 11. haftalık gebe olduğunu bilgisine sahip olması gerekecektir. Aksi durumda kadının bu bilgiyi bilmediği ya da kesin olarak öngörmediği somut olaydan anlaşılabilirse, bu suç oluşmamış olacaktır.

Mesela intihara teşebbüs eden bir gebe kadının, çocuğunun ölmesini kabullenmiş olması, 'düşerse düşsün' demesi ve bilahare kadının kurtulup çocuğunun düşmesi durumunda, yine çocuk düşürme suçu doğrudan kastla işlenmediğinden bu suç oluşmayacaktır. Ya da madde bağımlısı kadının aldığı alkol veya uyuşturucu maddeden ceninin zarar göreceğini öngörüp neticeyi kabullenerek 'düşerse düşsün' demesi de, bu suçu oluşturmayacaktır.

Keza suçun kanuni tanımında taksirle bu fiilin işlenebileceği düzenlenmediği için bu suç taksirle işlenemeyecektir (TCK, m.22/1). Başka bir ifadeyle taksirle çocuk düşürmeye yönelik fiillerin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Mesela, gebe olduğunu bilmeden alınan ilaçların düşük yapmasına sebep olması, çocuk düşürme suçunu oluşturmayacaktır.

G. Suçun Tamamlanması

TCK m.100'de düzenlenen çocuk düşürme suçu, neticeli bir suç olduğundan, ancak çocuğun düşmesiyle bu suç tamamlanmış sayılmaktadır.

Ğ. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

TCK'nın suça teşebbüsü düzenleyen 35. maddesine göre, suçun icrasına doğrudan doğruya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle fiil tamamlanamazsa, suça teşebbüs mümkün olacağından, TCK'nın 100. maddesinde düzenlenen 'çocuk düşürme' suçunda fiilin doğrudan doğruya icraya başlamayı ifade edip etmediğinin tespiti büyük önem arz etmektedir.

Çocuk düşürme suçu, neticeli bir suç olduğundan, suçun teşebbüs aşamasında kalması için, icra hareketlerinin başlaması ve neticenin gerçekleşmemesi yani çocuğun düşmemiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte, gebe kadının elinde olmayan nedenlerle fiili tamamlayamayıp icra hareketlerini bıraktığı anın 10 haftayı geçtiği bir an olması gerekmektedir. Yoksa fiil tamamlanmadığında, henüz gebeliğin 10 haftası geçmemişse, artık burada çocuk düşürmeye teşebbüs söz konusu olmayacaktır.

Örneğin çocuğunu düşürmeye karar veren gebe kadın, çocuk düşürmeye etki edecek bir ilaç veya alet temin etmiş olsun. Öncelikle bu hareketler, hazırlık hareketi niteliğinde olup çocuk düşürmeye teşebbüs sayılamayacaktır, fakat NPHK'nın 7. maddesinde bu ilaç ve aletleri bulundurmamak, bağımsız olarak suç sayıldığından, sadece bu suçtan gebe kadının cezalandırılması yoluna gidilecektir. Eğer gebeliği 10 haftayı geçmiş bir kadın, çocuğunu düşürmek için kullandığı ilaç veya alet, çocuğun düşmesine tesir etmediyse veya tesir etmekle birlikte çocuk düşmediyse ve mesela fenalaştığını gören bir başka kişi tarafından, gebe kadının hastaneye kaldırılıp çocuğun düşmesi tıbbi müdahaleyle önlenildiyse, çocuk düşürme suçuna teşebbüsten gebe kadının sorumlu tutulacağı açıktır. Çünkü icra hareketleri gerçekleştirilmiş, fakat failin elinde olmayan nedenlerle -gebeliğin 10. haftasından sonra- netice gerçekleşmediğinden suç tamamlanamamıştır (Tezcan vd., 2014:312).

Gebe kadının çoğul gebelik olması durumunda, suça teşebbüs özellik arz edebilmektedir. Örneğin, gebelik süresi 10 haftadan fazla olan ve ikiz cenine gebe olan bir kadın, gebeliği sonlandırmaya tesir edici bir hap yutması durumunda bir çocuğunu düşürür, diğeri kurtulursa, artık tamamlanmış bir çocuk düşürme suçundan ve bir de çocuk düşürmeye teşebbüsten, kadın sorumlu tutulacaktır.

Keza eğer kadın kendini gebe zannedip ilaç içmiş veya alet kullanmışsa, burada suçun konusu olan ceninin mevcudiyetinin yokluğundan çocuk düşürme suçu oluşmadığından bu suça teşebbüs mümkün olamayacaktır (işlenemez suç).

Bazı durumlarda gebe kadın çocuk düşürmek için icra hareketlerine başlamakla birlikte, suçu tamamlamaktan vazgeçebilir. Bu durumda gönüllü vazgeçme söz konusu olacaktır. Örneğin içtiği çocuk düşürmeye etki eden hapı bilahare gebe kadın, pişmanlık duyup belli yöntemler kullanarak kusarak çıkarması, bu duruma örnektir. Bu durumda gönüllü vazgeçme müessesesini düzenleyen TCK'nın 36. maddesi gereği, faile ceza verilmeyecektir.

2. İştirak

Çocuk düşürme suçu ancak gebe kadın tarafından işlenebilmektedir. Dolayısıyla, üçüncü bir kişinin fiiliyle ve gebe kadının rızasıyla çocuğun düşürülmesi durumunda, üçüncü kişi -kural olarak- çocuk düşürme suçuna müşterek fail olarak iştirak etmiş olacaktır; fakat bu fiil, TCK m.99'da ayrı bir suç tipi olarak düzenlendiği için, üçüncü kişiler m.100'den değil m.99'dan sorumlu olacaktır¹⁵. Eğer bu üçüncü kişi yetkili bir hekim ise, m.99/2'ye göre; herhangi bir üçüncü kişi ise, m.99/5'e göre sorumlu tutulacaktır. Yani TCK m.100'deki çocuk düşürme suçuna fail olarak iştirak edilmesi durumunda, iştirak edenlerin filleri m.99'da ayrı birer suç olarak tanımlandığı için ayrıca çocuk düşürme suçuna iştirakleri söz konusu olmayacaktır (Tezcan vd., 2014:313).

Keza çocuk düşürme suçuna, şerik sıfatıyla iştirak de mümkündür. Gebe kadından başka bir üçüncü kişi, bu suça yardım eden veya azmettiren sıfatıyla iştirak etmesi durumunda, mesela sadece düşürme fiili için gerekli ilaç ve aleti temin eden kişi yardım eden sıfatıyla; bu suçu işleme düşüncesini gebe kadının aklına yerleştirip bu suçu işleten kişi ise, azmettiren sıfatıyla sorumlu olacaktır.

3. İctima

a. Bileşik Suç

TCK m.100'de düzenlenen çocuk düşürme suçunun düzenlemesinde, bileşik suç düzenlemesine yer verilmemiştir.

b. Zincirleme Suç

TCK m.100'de düzenlenen çocuk düşürme suçu bağlamında, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının mümkün olacağı kanaatindeyiz. Örneğin birer yıl arayla iki çocuğunu düşüren gebe kadının fiili, TCK m.100'e göre, çocuk düşürme suçunu oluşturmuş olsun. Burada iki ayrı çocuk düşürme suçunun işlenmesinden bahisle, gerçek ictima kuralına göre iki tamamlanmış çocuk düşürme suçundan gebe kadının sorumlu tutulacağı açıktır. Fakat iki ayrı çocuk düşürme suçu arasında manevi bir bağ var ise ve bir suç işleme kararından söz edebiliyorsak, çocuk düşürme suçu açısından zincirleme suç hükümleri uygulanabilecek midir? Örnek üzerinde bu sorunun cevabını tartışmaya çalışalım.

Mesela, gebe kadının aile baskısıyla evlendirildiğini ve sevmediği kocasından çocuklarını doğurmak istemediğini farz edelim. Kocasının baskısıyla gebe kalan kadın, iki hamileliğinde de, kanunda tanımlanan çocuk düşürme fiiline uygun olarak çocuğu düşürmüş ise, bu durumda gebe kadın farklı zamanlarda birden fazla çocuğunu dü-

15 Esasen çocuk düşürmeyi üçüncü kişilerin sağlaması durumu, TCK m.99'da ayrıca düzenlenmemiş olsaydı da, bu kişiler çocuk düşürme suçunun faili olamayacaktı. Çünkü 'bağlılık kuralı' gereğince, özgü faillik niteliğini taşımayan kişiler, özgü suça iştirak etmeleri halinde, ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir.

şürmüş olacaktır. Burada önemli olan bir husus, suçun mağdurunun aynı kişi olup olmadığıdır. Eğer mağduru cenin kabul edersek, elbette ki zincirleme suç hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkün gözükmemektedir. Fakat daha önce de ifade ettiğimiz üzere, mağdurun cenin sayılması mümkün gözükmemektedir. Çünkü TCK sisteminde, mağdur ancak gerçek kişi olabilmektedir. Cenin ise, Medeni Kanun anlamında gerçek kişi olmadığından ve muayyen bir mağdurdan söz edilemeyen suçlarda, toplumu oluşturan ve yaşama hakkına sahip olan herkes mağdur sayılması gerektiğinden, çocuk düşürme suçunun mağduru, kanaatimizce yaşama hakkına sahip toplumu oluşturan herkestir. Zincirleme suçun düzenlendiği TCK m.43/1'in sonunda, “*Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır*” denildiğinden, verdiğimiz örnekte, zincirleme suç hükümlerine göre cezada artırımı gidilecektir.

c. Fikri İctima

TCK m. 100’de düzenlenen çocuk düşürme suçunda fikri içtimanın uygulanması kanaatimizce mümkündür. Örneğin bir eczanede çalışan ve gebelik süresi 10 haftayı geçmiş işçi bir bayanın patronundan habersiz gebelik sonlandırıcı bir ilacı çalıp içerse, burada hem hırsızlık suçu hem de çocuk düşürtme suçu işlenmiş olacaktır. Eğer çocuk düşmezse, çocuk düşürmeye teşebbüs ve hırsızlık suçları tek bir fiille işlenmiş olacaktır. Eğer bilahare çocuk düşürse, artık her iki suçta tamamlanmış sayılacaktır. Şu halde, tek bir fiille birden fazla farklı suçun işlenmesinden bahisle TCK m. 44 gereği, en ağır cezayı gerektiren hırsızlık suçundan gebe kadının cezalandırılması gerekecektir. Bu durum temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

ç. Normların Görünüşte İctimai

TCK m. 100’de düzenlenen çocuk düşürme suçunun hukuk mevzuatımızda yaptırma bağlanmış başka ilgili düzenlemesi olmadığından, normların görünüşte içtimai mümkün gözükmemektedir.

d. Gerçek İctima

TCK m.100’de düzenlenen çocuk düşürme suçunda gerçek içtima hükümlerinin uygulanması mümkündür. Örneğin aralarında subjektif bir bağ olmaksızın bir kadının farklı zamanlarda birden fazla gebeliğini bizzat kendisinin sonlandırması ihtimalinde, her bir fiili için ayrı çocuk düşürme suçundan cezalandırılması gerekecektir. Ya da çoğul gebeliğe sahip bir kadın, mesela ikiz çocuğa gebe kalmış ve kanunda tanımlanan çocuk düşürme suçunu işlemiş farz edelim. Burada gebe kadının tek bir fiile, iki çocuğunu düşürmesinden bahisle; mesela, aldığı gebeliği sonlandırıcı bir hapini yutarak her iki çocuğunu aynı anda düşürmesi olayında, yine tek bir fiilin söz konusu olmasından bahisle bir çocuk düşürme suçundan ceza alması gerekecektir. Bu ihtimalde, artık zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır; çünkü zincirleme suç hükümlerini düzenleyen TCK’nın 43/1’de, “*değişik zamanlarda*” ibaresi; tek bir fiile işlenen iki aynı suça, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engel durumdadır. Aynı şekilde burada ‘aynı neviden fikri içtima’ hükümleri de uygulama alanı

bulamayacaktır; çünkü her ne kadar tek bir fiille gebe kadın iki çocuğunu düşürmüş olsa da, iki çocuk aynı anda düştüğünden bu suçun mağduru, aynı toplumu oluşturan yaşama hakkına sahip herkeştir.

Eğer olay şu şekilde olsaydı, çoğul gebeliğe sahip gebe kadının içtiği gebeliği sonlandırmaya tesir edici hapin sadece bir ceninin düşmesini sağlaması ve bilahare başka bir hap yutarak ikinci çocuğunu da düşürmesi durumunda, iki fiil söz konusu olacak ve farklı zamanlarda, çocuk düşürme suçu işlenmiş sayılacaktır. Bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı suç işlendiğinden kanaatimizce zincirleme suç hükümlerini uygulanmak mümkün olacaktır. Aynı şekilde burada tek bir fiil söz konusu olmadığından, 'aynı neviden fikri içtima' hükümleri de, uygulama alanı bulamayacaktır.

H. Hukuka Uygunluk Nedenleri

1. Kanun Hükümünü Yerine Getirme

TCK m.100'de düzenlenen çocuk düşürme suçu bakımından kanunun hükümünün yerine getirilmesi mümkün gözükmemektedir. Yani gebe kadının çocuğunu bizzat kendi kendine düşürebilmesi kanun hükümünü yerine getirme bakımından bir hukuka uygunluk nedeni değildir.

2. Meşru Savunma

TCK m. 100'de düzenlenen çocuk düşürme suçu bakımından, meşru savunma müessesesini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

3. Hakkın Kullanılması

TCK m.100'de düzenlenen çocuk düşürme suçu açısından, hakkın kullanılması müessesesini uygulamak mümkün gözükmemektedir. Çünkü NPHK'ca tanınan her anne adayının gebeliği sonlandırma hakkı, on haftaya kadar olduğundan, on haftadan sonra gebe kadının çocuğunu bizzat düşürmesi artık hakkın kullanılması sayılmayacaktır.

4. İlgilinin Rızası

İlgilinin rızası, yani gebe kadının rızası, suçun maddi unsuru gereği, bir hukuka uygunluk sebebi oluşturması mümkün gözükmemektedir. Başka bir ifadeyle, gebe kadının kendi istek ve rızasıyla çocuğunu düşürmesi, zaten bu suçun tipikliğine ilişkin bir unsur olduğundan, buradaki rıza bir hukuka uygunluk sebebi sayılmayacaktır (Özbek vd., 2015:308).

1. Kusurluluğu Kaldıran Nedenler

1. Zorunluluk Hali

TCK m.100'de düzenlenen çocuk düşürme suçu açısından zorunluluk hali müessesesini uygulamak mümkün olabilmektedir. Örneğin enkaz altında sıkışan kadın, çocuğunu bir şekilde düşürerek kendini kurtarması durumu, zorunluluk sebebiyle hukuka uygun sayılmalıdır (Özbek vd., 2015:308).

2. Yetkili Amirin Emrini Yerine Getirme

TCK m.100'de düzenlenen çocuk düşürme suçu bakımından 'yetkili amirin emrini yerine getirme' müessesesinin uygulama alanı mümkün gözükmemektedir.

3. Cebir Veya Tehdit

Bir suç düzenlemesi bakımından kusurluluğu kaldıran neden olarak cebir veya tehdit müessesesinin koşulları gerçekleşirse, karşı koyulamayan veya kurtulamayan cebir veya tehditi uygulayan kişi fail sayılacaktır (TCK, m.28/1). Dolayısıyla mesela gebeliği sonlandırma etkisine sahip bir hapı içmesi için hamile bayana ölüm tehdidinde bulunan A'nın fiilinde, hapı içerek çocuğu düşüren gebe kadına değil, tehditte bulunan A'ya çocuk düşürme suçundan ceza verilecektir.

4. Hata

TCK m.100'de düzenlenen çocuk düşürme suçu bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak hata müessesesinin koşulları gerçekleşirse uygulanması mümkündür. Hata kastı kaldırdığından ve çocuk düşürme suçu da ancak kasten işlenebileceğinden, hata halinde suç oluşmayacaktır. Örneğin gebelik süresi 10 haftayı geçmediğini zanneden gebe bir kadının çocuğunu düşürmesinde, hata söz konusudur. Buradaki hata, çocuk düşürme suçunun maddi unsurlarında söz konusu olduğundan ve gebe kadının hatasında taksirinden de söz edebilirsek de (TCK, m.30/1), taksirle çocuk düşürme suçu düzenlenmediğinden, bu suç oluşmayacaktır. Gebe kadının hatası, doktorunun yanlış bilgilendirmesinden kaynaklanıyorsa mesela kalibrasyonu yapılmamış ultrason cihazının gebelik süresini az göstermesinden bahisle kadın hataya düşmüşse, bu durumda kadının çocuğunu düşürmesinde, kanaatimizce kaçınılmaz bir hata söz konusu olacaktır. Bu durumda TCK m. 30/4 gereği, gebe kadının çocuk düşürme suçundan yine cezalandırması söz konusu olmayacaktır.

İ. Görevli Mahkeme

Çocuk düşürme suçunda, kanuni tanımında öngörülen hapis cezası bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olduğundan ve 5235 sayılı '*Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun*' a göre on yıldan az hapis cezalarına asliye ceza mahkemesi baktığından görevli mahkeme, asliye ceza mahkemesidir (5235 s. AYİMBAMKGYHK, m. 11, 12).

Sonuç

Hukuk kuralları her ne kadar cenine doğumla insan statüsü verse de, cenin evrensel ahlak ve etik kurallarına göre potansiyel bir bireydir. Ceninin yaşam değeri çok kıymetli olmakla birlikte, annenin sağlığı da ceninin yaşamından daha az değerli değildir. Dolayısıyla burada hem anneyi değersizleştirecek uygulamalardan, hem de cenini anneden değerli gösterecek fiil ve söylemlerden uzak durulmalıdır.

Hemen ifade etmek gerekir ki; burada hem gebe bir kadına anne olup olma yönünde serbestçe tercihte bulunma hakkı, hem de cenine yaşama hakkı vermek mümkün değildir. Dolayısıyla öyle bir nokta tespit edilmeli ki, o noktaya kadar kadının anneliği seçme hakkı bulunmalı ve o noktadan sonra da cenine mutlak yaşama hakkı tanınmalıdır. Bu nokta, gebe kalınma anı olabileceği gibi, gebeliğin belirli bir dönemi de olabilmesi mümkündür. Dünya genelinde, genel geçer belirlenmiş bir nokta söz konusu olmadığından her ülke kendi gelmiş olduğu sosyal, kültürel ve hukuki durumu göz önünde bulundurup bir nokta tayin etmesi en makul çözüm görünümündedir.

Gebeliği sonlandırmada, öncelikle annenin buna rıza vermesi gerekir. Yani kadın *“bu gebeliği istemiyorum, risklerini biliyor ve kabul ediyorum”* diyebilmelidir. Bunun için ise, kadının yeterli bilgi düzeyine gelebilmesi için, gerekli eğitime ve danışmanlık hizmetine ulaşabilmesi de gerekmektedir. Bu hizmetin sonunda kadın, güvenli bir şekilde gebeliğin sonlandırılmasını talep edebilmelidir. Yine bu talepte bulunurken, önce bir uzman danışman görüşü almanın hukuk sistemimizde olmamasını bir eksiklik olarak görmekteyiz.

Kanaatimizce ülkemiz mevzuatı açısından çocuk düşürme ve çocuk düşürtme suçları, ‘gebeliği sonlandırma suçu’ başlığı altında, bir suçta toplanmalıdır. Yani suçun temel şekli olarak, üçüncü bir kişinin gebeliği sonlandırması düzenlendikten sonra bu fiilin gebe kadın tarafından işlenmesi hafifletici neden olarak kaleme alınmasının kanun tekniğine daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Kaynakça

- Acar, İ.(2001). “Osmanlı Kanunnameleri Ve İslam Ceza Hukuku Sistemi”, D.E.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı: XIII-Xiv, İzmir, S.66 Vd.
- Akgündüz, A.(1999). “Kanunnamelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri Ve Şer’i Tahlili”, Journal Of Islamic Research, Vol:12, No:1, Netherland, 1999, S.11.
- Avcı, M.(2014). Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler, Mimoza Yayınları, Konya.
- Çağatay, N., Çubukçu, İ.(1985). İslam Mezhepleri Tarihi, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara.
- Çokar, M.(2008). Kürtaj, Babil Yayınları, İstanbul.
- Dirik, M.(2012). “İslam Hukukunda Cenin Öldürme Suçunun Cezası”, Bilimname Dergisi, S:XXIII, S.202.
- Dölek, A.(2009). “Ayetler Ve Hadisler Işığında Çocuğun Yaşam Hakkının Korunması”, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:31, Erzurum, S.76.
- Dönmez, B.(2007). “Tck’da Çocuk Düşürme Suçu Mukayeseli Hukuk Ve Aihm’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:9, S:2, İzmir, S.99 Vd.
- Dönmezer, S.(1984). “Çocuk Düşürme Ve Düşürmenin Dünü Ve Bugünü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:50, S:1-4, İstanbul, S.10.
- Erşahin, M.(2002). İslam Hukuku Açısından Aile Planlaması Kürtaj Ve Çocuk Sahibi Olma, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.
- Gürbüz, N.(2012).“Cinsiyete Dayalı Seçici Kürtaj”, Tıp Hukuku Dergisi, Sayı:2, İstanbul, S.63 Vd.
- Hafizoğulları, Z., Özen, M.(2015). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Us-A Yayıncılık, Ankara.
- Hakeri, H.(2015). Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara, 2015.
- Hata, İ.(2011), İslam Hukukunda Çocuk Düşürme, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2011.
- Hodgson, J.(2014). Abortion And Sterilization: Medical And Social Aspects, Academic Press, Great Britain.
- Kitapçıoğlu, T.(2012). Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:18, S:1, İstanbul, S.302.
- Konan, B.(2008). “Osmanlı Devletinde Çocuk Düşürme Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:57, S:4, S.330.
- Kumar, S.(1999). “Health-Care Camps For The Poor Provide Mass Sterilisation Quota”, Lancet, S:353, S.1251.
- Maliki, A.(2002). İslam Hukukunda Ceza, 1. Baskı.
- Mason, K., Laurie, G.(2013). Law And Medical Ethics, England.

- Morođlu, N.(2012). “Uluslararası Hukukta Kadın Vücut Bütünlüğüne İlişkin Düzenlemeler”, Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki Ve Tıbbi Yaklaşım Paneli, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, S.25 Vd.
- Oktar, S.(2013). Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme Ve Çocuk Düşürme Suçları, Doktora Tezi, İstanbul Bilim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Özbek, V., Kanbur, M., Doğan, K., Bacaksız, P., Tepe, İ.(2015). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özgenç, İ.(2015). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Sımkın, P., Whalley, J., Keppler, A., Durham, J., Bolding, A.(2015). Hamilelik, Doğum Ve Bebek, Çev: Selim Yeniçeri, Yakamoz Kitap, İstanbul.
- Şafak, A.(2012). Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku Genel Hükümler, Kayıhan Yayınları, İstanbul, 2012.
- Tek, G.(2012).“Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler,” Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki Ve Tıbbi Yaklaşım Paneli, İstanbul Barosu
- Tezcan, D., Erdem, M., Önok, R. M.(2014). Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara.
- Tunalı, I.(2015). Özel Hukuk Ve Ceza Hukuku Açısından Hekimlerin, Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Yayınları, İstanbul, 2012, S.64 Vd.
- Tunç, H., Bilir, F., Yavuz, B., Türk Anayasa Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2009.
- Yarsuvat, D.(1982-1983). “Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi”, İühf Mecmuası, Cilt:48, Sayı:1-4, İstanbul, S.451.
- Yılmaz, H.(2001), “Cenini Öldürme (Cenin Düşürtme/Düşürme) Suçu”, Yargıtay Dergisi, Ankara, Ekim, S.718.