

Mağduru Olduğu Bir Suç Sonucu Gebe Kalan Kadının Çocuğunun Düşürtülmesi Suçu (TCK m. 99/6)*

*(The Crime of Abortion on Pregnancies Occured
due to Criminal Acts)*

Barış IŞIK**

Öz

Bu çalışmada mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalan kadının karnındaki ceninin düşürtülmesi durumu mercek altına alınmıştır. İlk olarak bu hali düzenleyen TCK m. 99/6'nın hukuki niteliği ele alınmış, ardından TCK m. 99/6'nın şartları incelenmiştir. Bu şartlar incelenirken özellikle gebeliğin suç sonucu meydana geldiğinin tespitinin nasıl yapılacağı sorunsalı üzerinde durulmuş ve bu konudaki farklı olasılıklar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Çalışmanın sonunda ise ulaştığımız sonuçlar belirtilmiş ve bu sonuçlar ışığında hem kanun koyucu hem de uygulayıcılar bakımından düzenleme ve uygulamaya dair çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar kelimeler: Çocuk Düşürtme, Yirmi Haftalık Süre, Suç ve Gebelik Tespiti.

* Geliş Tarihi: 23 Eylül 2015, Kabul Tarihi: 25 Ekim 2016.

** Öğr. Gör., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Yunus Emre Kampüsü 26470 Eskişehir, barisisik@anadolu.edu.tr.

Abstract

In this study, the procurement of abortion on pregnancies occurred due to criminal acts shall be analysed. Firstly, the legal character of the paragraph 6 of Article 99 of the Turkish Penal Code regulating the aforementioned case shall be discussed. Subsequently, the conditions stipulated under the said provision shall be reviewed. As part of the analysis on the said elements, process as to how to ascertain the unintended pregnancies occurred due to criminal acts shall expressly be emphasized based on various prospects thereon. Solutions as to how to ascertain such unintended pregnancies shall be proposed at the end of this study.

Key words: Abortion, Twenty-Week Time Limit, Crime and Ascertainment of Pregnancy.

Giriş

Kişilere karşı suçlar kısmında yer alan “Çocuk düşürtme” başlıklı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 99, halk arasında “kürtaj” olarak bilinen kurumu düzenlemiştir. Ancak gerek kısım gerekse de madde başlığı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Suçun maddi konusunun çocuk değil cenin olduğunu savunan yazarlar madde başlığında geçen “çocuk” ifadesi yerine cenin ifadesinin kullanılması gerektiğini ileri sürmektedirler¹. TCK m. 6’da yer alan “çocuk” tanımı karşısında, madde başlığında çocuk ifadesine yer verilmesi kanımızca da bir terminoloji sorunu yaratacaktır. Aynı biçimde söz konusu suç tipinin kişilere karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi de eleştiri konusu olmuştur, çünkü aşağıda da belirteceğimiz üzere ceninin bir “kişi”, “şahıs” olarak kabul edilip edilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Benzer bir tartışma “düşürtme” ifadesi üzerinden yaşanmış ve mevzuatta kürtaj, çocuk düşürtme, gebeliğin sonlandırılması, rahim tahliyesi kavramaları arasında birliğin sağlanamaması da eleştiri konusu olmuştur².

¹ Ayşe Aydın Şafak, “Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması”, **Güncel Hukuk**, 2012/7, s. 38; Tülay Kitapçoğlu, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme Suçu”, **MÜHF-HAD**, C. 18, S.1, s. 307-308.

² Şafak, **a.g.e.**, s. 36, tıbbi literatürdeki kullanımlar için bkz., Saliha Altıparmak/ Meltem Çiçeklioğlu/Gülay Yıldırım, “Abortus ve etik”, **Cumhuriyet Tıp Dergisi** 2009, S. 31, s. 85.

TCK m. 100 ise “çocuk düşürme” başlığı altında, gebe kadının karnındaki cenini düşürmesi fiilini yaptırma bağlamıştır. Şu halde TCK m. 99’da düzenlenen çocuk düşürtme suçunun faili kural olarak gebe kadın dışında herhangi biri olabilirken, TCK m. 100’de düzenlenen çocuk düşürme suçunun faili sadece gebe kadın olabilmektedir³. TCK m. 99 hekime bazı şartlar dahilinde anne karnındaki cenini düşürtme imkanı tanımıştır. Bu anlamda madde dolaylı olarak kadının karnındaki cenini düşürtme hakkının⁴ şartlarını düzenlemiştir. Çalışmamız-

³ Durmuş Tezcan/Ruhan Erdem/Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 8. bs., Ankara, Seçkin, Temmuz 2012, s. 288.

⁴ Madde kapsamında çocuk düşürtmenin anne bakımından bir hak olarak kabul edilip edilemeyeceğini hak teorileri çerçevesinde izah etmek gerekmektedir. Hak kavramına dair teorilerin yanında bu kavramın varlığını reddeden görüşler de söz konusudur. Bu çerçevede hak teorilerini irade teorisi, çıkar teorisi, karma teori ve bu kavramı reddeden teoriler olarak sıralamak mümkündür. Klasik irade teorisini göre kişi ancak belirli bir konuda, başkalarını kendi iradeleri doğrultusunda hareket etmeye hukuken zorlayabildiği takdirde bir hakka sahiptir. Çağdaş irade teorisi ise bir hakka sahip olmayı başka birinin ödevlerini hukuksal olarak kontrol edebilme yetkisi üzerinden açıklamaktadır. Sonuç olarak irade teorisi hak sahibinin iradesine başka bir irade karşısında bir üstünlük atfetmekte ve hakkı iradenin hakimiyeti kavramı üzerinden açıklamaya çalışmaktadır. Çıkar teorisine göre ise kişideki bu irade hakimiyeti, hak kavramının sadece biçimsel ögesidir. Burada hakkın amacına bakmak gerekir. Hakkın amacı kişinin menfaatlerini korumak, ihtiyaçlarını karşılamak, avantaj ve kazanç sağlamaktır. Kişinin iradesini harekete geçiren asıl güç hakkın özünü oluşturan çıkar düşüncesidir. Böylece bir hakka sahip olmak, bir çıkarın sahibine özgülenmiş biçimde koruma altına alınması anlamına gelmektedir. Çıkar teorisinin bir başka versiyonu hakkı hukukun yüklediği ödevler yoluyla korunan korunan kişilere özgülenmiş çıkar düşüncesi etrafında açıklamaktadır. Bu çerçevede ödev ile hak kavramı arasında ilişki kurmaktadır. Karma teori ise hakkı insana irade gücü tanımak suretiyle korunan çıkar olarak tarif etmektedir. Nazime Beysan, **Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi**, İstanbul, XII Levha, Mayıs 2015, s. 283-284, 291, 295; M. Emin Emni, “Hak Kavramı”, **Konya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S. 12, 2005, s. 206-208. Bu görüşler çerçevesinde TCK m. 99/1’de belirtilen ve sadece rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen cenini düşürtme fiilinin kadın bakımından bir hak olduğu kanaatindeyiz. Çünkü annenin iradesi doğrultusunda hekim hukuken bu işlemi gerçekleştirmeye zorunludur. Bunun için sadece kadının rızası yeterlidir. Kadının iradesine üstünlük tanınmaktadır. Çıkar teorisi bakımından ise cenini düşürtmek annenin çıkarıdır ve bu çıkar doğrudan koruma altına alınmaktadır. Ancak çalışmamız asıl konusunu teşkil eden TCK m. 99/6, yani suç sonucu gebelikte durum TCK m. 99/1’deki kadar açık değildir. Çünkü

da sadece, karnındaki cenini düşürmek isteyen kadının, bu hakkından hangi koşullarda yararlanabileceğini düzenlemiş olan TCK m. 99 hükümleri ve ilgili mevzuat inceleme konusu yapılacaktır. TCK m. 99/1’de belirtildiği üzere; gebelik süresi on haftayı geçmeyen kadının karnındaki cenin, anne rızası ile alınabilecektir; ancak on haftanın sona ermesi halinde de kanun koyucu bazı istisnalar kabul etmiş ve bu istisnai halleri yine TCK m. 99/2⁵ ve 99/6⁶’da düzenlemiştir. Kanun koyucu, TCK m. 99/2’de “tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde...” ifadesini kullanarak tıbbi zorunluluğun varlığı halinde bu on haftalık sürenin dikkate alınmayacağını ortaya koymuştur. Bu hallerin neler olduğu, Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun’da (NPHK) gösterilmiştir. İkinci ve çalışmamızın asıl konusunu oluşturacak istisnai hal ise, TCK m. 99/6’da düzenlenmiş olan “mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalan kadının gebeliğinin sonlandırılmasıdır”. Bu hükümde kanun koyucu, mevcut süreyi yirmi haftaya kadar uzatmıştır. Ancak söz konusu maddenin uygulamasında belirsizlikler ve sorunlu sahalar vardır⁷.

Çalışmamızda mevcut düzenleme incelenecek ve düzenlemenin farklı yorumları ortaya konarak, “yeni bir düzenlemeye” ihtiyaç olup

annenin iradesine tek başına üstünlük tanınmamakta, yine çıkarı doğrudan korunma altına alınmamaktadır. Çocuk düşürme fiili için gebeliğin suç sonucu meydana geldiğinin tespiti gerekmektedir. Bu tespit varlığı yani zorunluluk hali önceliklidir. Ancak bu tespit ardından bunun bir hakka dönüşebileceği ileri sürülebilse de, biz çalışmamızda sadece m. 99/1’de belirtilen hal için hak ifadesini kullanmayı uygun görmekteyiz.

- 5 TCK 99/2: “Tıbbi zorunluluk bulunmadığı hâlde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”
- 6 TCK 99/6: “Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.”
- 7 Uygulamadaki sorunlara ilişkin örnekler için bkz. <http://www.haberturk.com/gundem/haber/805515-bakan-sahinden-ozel-not> (Erişim tarihi: 31.08.2015), <http://www.haberturk.com/gundem/haber/775713-tecavuz-bebegine-kurtaj-mahkemekararini-bekliyor>, (Erişim tarihi:28.08.2015), <http://www.haberturk.com/polemik/haber/772715-her-kosulda-kurtaj-olmak-istiyor> (Erişim tarihi: 30.08.2015).

olmadığı, varsa alternatif düzenlemelerin neler olabileceği tartışılacaktır. Bu tartışmada, Alman Ceza Kanunu'ndaki (Alm. CK) düzenleme ve bu anlamda Alman ceza hukukundaki uygulama örneklerinden de yararlanılacaktır.

A. Genel olarak

Suç sonucu gebelik halinde çocuk düşürtme, doktrinde “suç endikasyonu”⁸ olarak tanımlanmaktadır. Alman Ceza Hukuku'nda ise esas kullanılan terim, “kriminal endikasyon” olmakla beraber “etik endikasyon, insani endikasyon veya tecavüz endikasyonu” kavramları da tercih edilebilmektedir⁹.

Suç sonucu gebe kalan kadının gebeliği, gerek gebeliğin meydana gelme biçimi gerekse de gebelik sırası ve sonrasında yaşanan ruhsal çöküntü bakımından diğer gebelik hallerine göre farklılık göstermektedir. Gebelik sonucunu doğuran en yaygın ve ilk akla gelen suç tipi cinsel saldırıdır. Nitelikli cinsel saldırı sonucu gebe kalan kadının, gebelik sürecinin bir işkenceye dönüşeceği, hatta kişiyi intihara kadar sürükleyecek bir ruhsal çöküntü içine sokabileceği kabul edilmektedir. Doğum gerçekleşse dahi kadının çocuğuna karşı içinde bulunacağı şefkat yoksunluğu, hatta uğradığı haksızlığın faturasını bu çocuğa çıkarabileceği gibi durumlar meydana gelebilecektir^{10 11}.

⁸ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 5.bs., Ankara, Seçkin, Mayıs 2012, s. 798. Endikasyon “gereklilik, hastada belirli bir tedavi veya müdahale uygulanmasına karar verilmesini gerektiren durum veya belirti olarak tanımlanmıştır”. <http://saglik.sozlugu.org/indication/> (Erişim tarihi:30.08.2015). Şu halde suç endikasyonu, ceza hukuku anlamında “suç sonucu mağdura ortaya çıkan ve mağdura belirli bir tedavi veya müdahale uygulanmasına karar verilmesini gerektiren durum” olarak tanımlanabilir.

⁹ Kristian Kühl, **Lackner/Kühl StGB Kommentar**, 28. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2014, StGB § 218a Rn 18.

¹⁰ Recep Gülşen, “Suç Sonucu Gebeliğin Sona Erdirilmesi”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 1209; Sibel Can, “Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015/1, s. 101.

¹¹ Bazı yazarlar, söz konusu ruhsal çöküntü halini daha farklı bir terminolojiyle ifade etmiş ve anne karnındaki bebeği “tecavüz tümörü” olarak isimlendirmiş-

Çalışmamızın devamında, bu ruhsal çöküntü halinin TCK m. 99/2 çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışma konusu yapılacaktır.

Son olarak, nitelikli cinsel saldırı sonucu gebelik durumlarına özellikle savaş zamanlarında ve uluslararası suçların icrası sırasında rastlanıldığını belirtmek gerekmektedir. *Gülşen*'in bu minvalde dikkat çektiği Bosna Hersek Savaşı'nda yaşananlar¹² ve yine *Şafak*'ın belirttiği insan ticareti suçunun icrası sırasındaki tecavüz halindeki muhtemel hak kayıpları¹³ önemli örneklerdir. Bu bağlamda Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra düşman askerlerinin cinsel saldırıları sonucunda gebe kalan ve karnundaki cenini düşüren kadınlar hakkında Fransa mahkemeleri beraat kararı vermiş, İtalya'da ise genel af çıkarılmıştır¹⁴.

765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu (ETCK), suç sonucu gebelikte ceninin düşürülmesiyle ilgili özel bir düzenleme getirmemiş, sadece 472. maddede “çocuk düşürtme fiillerinin kişinin kendisinin yahut akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için işlenmiş olması halinde, bu kişiler için ceza indirimi” öngören bir düzenlemeye yer vermiştir¹⁵. 5237 sayılı TCK ise suç sonucu gebelikte ceninin düşürülmesi halini ayrıca düzenleyerek bir yeniliğe imza atmıştır.

Alman ceza hukukunda suç sonucu gebelik halinde anne karnundaki cenini düşürtme kurumu, Alm. CK m. 218a/3'te düzenlen-

lerdir. “...tejavüz başlı başına çok ağır bir travma. Siz, bu travmayla başa çıkmaya çalışsan ve zor zamanlar geçiren bir insana sürekli o travmasını hatırlatacak bir oluşumu 9 ay boyunca taşımasını söylüyorsunuz. Bu, kadının her gün yeniden tecavüze uğraması demek. Çünkü o gebelik tecavüzün ürünü ve travmanın bir parçası zaten. O parçayı hızla oradan uzaklaştırmak gerekiyor ki, o insan bu zarardan kurtulabilsin, iyileşmek yönünde adım atabilsin” diyen, Fincancı, bu terminolojiyi insanları sarsmak için kullandığını belirtiyor. <http://www.evrensel.net/haber/36328/tecavuz-gebeliklerinde-caresizdegiliz> (Erişim tarihi: 31.08.2015). Bu yöndeki kullanımlar için bkz., Yetener, Müge <http://www.hekimedya.org/index.php/temalar/30-kadin/1371-ttb-li-kadnlar-qcinsel-saldr-sonucu-oluan-gebelikler-ve-kuertajq-caltaynda-bulut.html> (Erişim tarihi: 31.08.2015), Şebnem K. Fincancı, <http://www.evrensel.net/yazi/35955/tecavuz-tumoru> (Erişim tarihi: 30.08.2015).

¹² Gülşen, a.g.e., s. 1210.

¹³ Şafak, a.g.e., s. 38.

¹⁴ Sahir Erman/Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul, 1994, s.189.

¹⁵ Erman/Özek, A.e., s. 296.

miştir. Almanya’da ilk olarak 1974 yılında, 5. Ceza Hukuku Reformu Kanunu kapsamında “on iki haftalık süre içinde annenin rızası ile gebeliğinin sonlandırılabilceğine” ilişkin ifade, Alm. CK m. 218a’da hüküm altına alınmıştır¹⁶. Yine tıbbi gerekçelerle ve ceninin olası özürüllük durumu nedeniyle anne karnındaki cenini düşürtme fiili de düzenleme kapsamındadır¹⁷. Ancak cenini belirli bir süre içinde annenin rızasıyla ve yine zorunluluk hallerinin varlığında düşürtmeyi yasal hale getiren düzenleme, Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından 1975 yılında iptal edilmiştir. Söz konusu mahkeme kararında anne karnında büyüyen canlının anneden bağımsız anayasal güvence altına alındığı, bu anlamda ceninin yaşam hakkının anneye karşı dahi korunması gerektiği, ceninin bu hakkının annenin kendi kaderini tayin etme hakkına terk edilemeyeceği ve bu korumanın bir süreye tabii olamayacağı vurgulanmıştır¹⁸. Ardından 1976 yılında, Anayasa Mahkemesi’nce belirtilen yasak korunarak, on iki haftalık sürenin varlığında anne rızasının yeterli olacağına ilişkin düzenleme kaldırılmakla beraber bazı istisnai haller için cezasızlık durumu öngörülmüştür. Bu zorunluluk halleri, anne ve embriyo sağlığı nedeniyle cenini düşürtme ile suç sonucu gebelikte cenini düşürtme olarak karşımıza çıkmaktadır. Batı ve Doğu Almanya birleşmesinden sonra, mevcut düzenleme korunarak 1992’de, “Hamilelere ve Ailelere Yardım Kanunu” ile Alm. CK m. 218a maddesi yeniden ele alınmış ve süreye ilişkin düzenleme tekrar getirilmiştir. Ancak 1993’te Anayasa Mahkemesi bu kanunu tekrardan iptal etmiştir. Mahkeme kararında; yine ceninin yaşam hakkına ve insan onuru kavramı üzerinden ceninin korunmasına vurgu yapmıştır. Buna göre çatışan hukuksal yararlar bakımından anneye ilişkin haklar ikincil ve istisnaidir. Buna göre cenini düşürtme fiiline ancak istisnai hallerde ve bazı koşulların yerine getirilmesi suretiyle izin verilebilecektir¹⁹. Bu koşulların güven duyulan kişi ve kurumlarca, denetlenebilir nitelikte tespit edilmesi

¹⁶ Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul, Beta, 2009, s. 135.

¹⁷ Strohner, **Die Strafbarkeit der schwangeren Frau beim Schwangerschaftabbruch**, Hamburg, Kovac, Dr. Verlag; 2013, s. 29.

¹⁸ Strohner, **A.e.**, s 30.

¹⁹ Strohner, **A.e.**, s. 32-33; Johannes Wessels/Michael Hettinger, **Strafrecht Besonderer Teil 1**, C.F. Müller, 35. Auflage, s. 66- 67.

gerektiği belirtilmiştir. Kararda bu koşullar; a) kadının rızasının varlığı ve b) bu hallerin uzman hekimce yapılacak operasyondan en az üç gün önce resmi makamlardan alınan bir belge ile tespit edilmesi olarak ortaya konulmuştur. Yine kararda devlete anneye gebeliğin devamı konusunda nasihat verme yükümlülüğü yüklenmiştir. Buna göre devlet, ceninin yararına davranması için anneye gerekli şartları sağlamalıdır²⁰. Nihayetinde 1996 yılında yürürlüğe giren “Hamilelere ve Ailelere Yardım Kanunu Hakkında Değişiklik Kanunu” ile bu durum, düzenlenmiş ve mahkemenin belirttiği söz konusu şartlar aynen Alm. CK m. 218a’ya taşınmıştır. Suç sonucu gebe kalma hali ise diğer zorunluluk hallerinden ayrı olarak m. 218a/3’te düzenlenmiştir²¹. Burada özellikle gebe kadının operasyondan en az üç gün önce resmi bir danışman tarafından verilmiş bir belgeyi kürtaj operasyonunu yapacak doktora getirmesi şartı koşulması ilgi çekicidir. Ancak önemle belirtelim ki bu danışma şartı cenini düşürmek için sadece anne rızasının yeterli olduğu haller için geçerlidir. Bir suç sonucu gebelik halinde gebe kadından böyle bir belge talep edilmeyecektir²².

Anayasa Mahkemesi’nin kararının ardından doktrinde iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Birinci görüş kadının karındaki cenini düşürme hakkının genişletilmesi gerektiğini yönündedir. Bu yazarlar, çoğunlukla mahkemenin görüşünü olumlarken, diğer yandan mahkemenin cenini koruma anlayışını gereğinden fazla öne çıkardığı ve annenin haklarının ikincilliğine vurgu yaptığı gerekçesiyle kararı eleştirmişlerdir. Karşı görüşte olan yazarlara göre ise, söz konusu kararla Anayasa Mahkemesi, ceninin yaşam hakkının korunmasına ilişkin

²⁰ Strohner, a.g.e., s. 35.

²¹ Wessels-Hettinger, a.g.e., s. 71.

²² Albin Eser, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, München, 29. Auflage 2014, StGB § 218a, Rn. 25. Devletin nasihat verme yükümlülüğü çerçevesinde resmi danışman, Alm. CK m. 119 gereği “kadını gebeliğini sürdürmesi açısından cesaretlendirmeli ve ona çocuğu ile birlikte yaşayacağı hayatın açılımlarını anlatmalı, kadının henüz doğmamış olan ceninin gebeliğin her aşamasında kadına karşı da, yaşam hakkının bulunduğu ve bu nedenle, hukuk düzeninin çocuk düşürmeyi sadece istisnai durumlarda kabul ettiği konusunda bilinçlendirilmelidir”. Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, İstanbul, Beta, 2009, s. 293. Danışmanın tüm tavsiyelerine rağmen kadının gebeliği sona erdirme isteği halinde söz konusu belge verilecektir.

sınırı ortadan kaldırarak bunu denetlenemeyecek olan annenin beyanına bırakmış ve cenini koruma anlayışından vazgeçmiştir. Bu nedenle mahkemenin kararı, ağır biçimde eleştirilmiştir²³. Yine, Alman doktrininde bazı yazarlarca danışman aracılığıyla sağlanan nasihat yükümlüğünün, ceninin yaşam hakkının korunması bakımından etkisiz bir araç olduğu ileri sürülmüştür²⁴. *Kühl* bu anlamda mahkeme kararını her iki görüşün bir uzlaşması olarak değerlendirmektedir²⁵.

Alm. CK m. 218a/3 aşağıdaki gibidir:

“Hekimlik bilgisine göre, gebe kadın üzerinde Ceza Kanunu’nun 176 ile 179’uncu maddelerinde yer alan hukuka aykırı fiillerden biri işlenmiş olduğu belirlenir, gebeliğin bu suçtan kaynaklandığını kabul etmek için ağır sebepler bulunur ve gebeliğin başlangıcından itibaren on iki haftadan fazla süre geçmemiş ise, çocuk düşürtmenin gebe kadının rızasıyla ve bir hekim tarafından gerçekleştirildiği hallerde, 2’inci fıkrada²⁶ tanımlanan koşullar yerine getirilmiş sayılır”²⁷.

B. TCK m. 99/6’nın hukuki niteliği

Fıkrada belirtilen “suç sonucu gebe kalma” bir zorunluluk haline işaret etmektedir. Bunun yanında “kadının rızasının aranması” şartının da koşulması, söz konusu rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir. Doktrinde TCK m. 99/6’nın, TCK m. 25/2’den ayrı olarak özel bir zorunluluk hali olduğu

²³ Kühl, **a.g.e.**, Vorbemerkung zu den §§ 218–219 b Rn 10.

²⁴ Eschelbach, **Beck’scher Online-Kommentar StGB**, BeckOK StGB § 218a, Rn.1, https://beck-online.beck.de/default.aspx?vpath=bibdata/komm/BeckOK_StR_27/StGB/cont/beckok.StGB.p218a.gIB.htm (Erişim Tarihi: 03.09.2015).

²⁵ Kühl, **a.g.e.**, Vorbemerkung zu den §§ 218–219 b Rn 11.

²⁶ Söz konusu fıkra tıbbi nedenlerle yapılan çocuk düşürtmeyi düzenlemektedir. Atf, bu fıkrada belirtilen “hukuka aykırı sayılmayacak durum” ifadesinedir.

²⁷ Yenisey/Plagemann, **a.g.e.**, s. 289. Maddenin Almanca aslı şu şekildedir: “Die Voraussetzungen des Absatzes 2 gelten bei einem Schwangerschaftsabbruch, der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommen wird, auch als erfüllt, wenn nach ärztlicher Erkenntnis an der Schwangeren eine rechtswidrige Tat nach den §§ 176 bis 179 des Strafgesetzbuches begangen worden ist, dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß die Schwangerschaft auf der Tat beruht, und seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.”

kabul edilmekle birlikte²⁸, düzenlemeyi bir şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul eden yazarlar da vardır²⁹. Şahsi cezasızlık sebepleri fiilin işlendiği anda var olan ve failin cezalandırılmasına engel olan şahsa bağlı nedenlerdir ve bundan sadece bu neden kendisinde bulunan kişi yararlanabilir³⁰. Çocuk düşürtme suçunun faili gebe kadın değil, yarıda da belirttiğimiz gibi kural olarak kadın dışındaki üçüncü kişilerdir. Bu üçüncü kişilerin cezalandırılmaması gebe kadının içinde bulunduğu durum nedeniyle ortaya çıkan bir zorunluluk halinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle üçüncü kişilerin cezalandırılmasının önüne geçen bu düzenlemenin şahsi bir cezasızlık sebebi değil bir zorunluluk hali olduğu kanaatindeyiz. Aşağıda da belirteceğimiz üzere TCK m. 99/2 ile TCK m. 99/6 arasında herhangi bir özel-genel norm ilişkisi olmayıp, birbirinden bağımsız iki farklı zorunluluk halidir. Madde metninde geçen rıza kavramı ise, bir hukuka uygunluk nedeni değil; kusurluluğu kaldıran zorunluluk haline ilişkin bir şarttır³¹. Özel zorunluluk halinden yararlanılması bu şartın varlığına bağlıdır.

C. TCK m. 99/6'nın Şartları

I. Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması

Bu başlıkta iki nokta üzerinde durmak gerekmektedir. Bunlardan ilki, "kadının mağduru olduğu suç nedeniyle gebe kaldığının nasıl tespit edileceği"; ikincisi ise, "hangi suçların gebeliğe neden olan suçlar kapsamında değerlendirileceği" hususudur.

²⁸ Gülşen, a.g.e., s. 1209; Hakeri, a.g.e., s. 739.

²⁹ Kitapçoğlu, a.g.e., s. 317.

³⁰ Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta, Şubat 2015, s. 370.

³¹ Gülşen, a.g.e., s. 1216. *Kanbur* hem TCK m. 99/1 hem de m. 99/6'da yer alan rızanın tipiklik unsuruna ilişkin olduğunu ileri sürmektedir. Nihat Kanbur, "Çocuk Düşürtme Suçu", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 1243; Özgenç ise rızanın kadının karnındaki cenini düşürtme fiilini hukuka uygun gele getirmeyeceğini, fiilin suç niteliğini koruyacağını ancak zorunluluk hali nedeniyle cezalandırılmayacağını savunmaktadır. Yazar yine TCK m. 99/1 bakımından anne rızasının yanında sosyal endikasyonun varlığını aramak gerektiğini ileri sürmektedir. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. bs., Ankara, Seçkin, 2015, s. 364-365

1. Kadının mağduru olduğu suç nedeniyle gebe kaldığının tespiti

Madde metninde suç sonucu gebeliğin kim veya hangi kurum tarafından tespit edileceği belirtilmemiştir. Aslında söz konusu kurum, yapısı gereği belirsizliğe açıktır³². Çünkü ortada bir suçun var olup olmadığının tespiti “adli bir mesele” iken; kadının gebe olup olmadığı hatta nasıl gebe kaldığının tespiti ise “tıbbi bir meseledir”. Ayrıca düşürtmenin yirmi haftalık bir süre ile sınırlı olması, suç sonucu gebelik durumunun hangi kişi veya kurum tarafından tespit edilmesi gerektiği tartışmasını daha da önemli hale getirmektedir. Çünkü maddenin uygulanması bakımından ceza muhakemeleri sùjeleri zamanla yarışmaktadır. Hal böyle iken kanun koyucunun, bu tespitin kim veya hangi kurum tarafından yapılacağına madde metninde ve NPHK başta olmak üzere mevzuatta yasal dayanağa kavuşturmamış olması eleştirilmiştir³³. Şu halde gebeliğin suç sonucu meydana geldiğinin tespiti konusunda farklı olasılıklar gündeme gelecektir. Bu olasılıklar aşağıdaki gibi sıralanabilir:

a. Gebeliğin suç sonucu meydana gelip gelmediği, yargılama sonucu mahkemenin vereceği kesin hükümle ortaya çıkacaktır. Özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda saldırının varlığının tespiti zordur ve maddi gerçeğe ulaşmak ancak yargılamanın sonucunda mümkün olacaktır. Bu durumda uzman hekim, yargılamanın sonucunu beklemek zorunda kalacaktır. Bu olasılık doktrinde kabul görmemektedir³⁴. Dava sürelerinin uzunluğu dikkate alındığında tespi-

³² Söz konusu belirsizlik halinin nasıl çözüleceğine ilişkin husus TBMM’ye da taşınmış ve konu ile ilgili Aile ve Sosyal Politikalar Bakanı tarafından cevaplandırılmak üzere iki soru önergesi verilmiş ancak Bakanlıkça verilen cevaplarda yirmi haftalık sürede tespitin hangi kişi veya kurum tarafından yapılacağına ilişkin bir ifade yer almamıştır. Soru önermeleri ve cevapları için bkz., <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/7/7-10553sgc.pdf> (Erişim tarihi: 22.08.2015), <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/7/7-14859sgc.pdf> (Erişim tarihi: 22.08.2015).

³³ Bu yönde bkz., Yener Ünver, **Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı**, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevleri, 2005, s. 106; Hakeri, **a.g.e.**, s. 741.

³⁴ Serap Keskin Kiziroğlu, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, İstanbul, Pasifik Ofset, 2013, s. 183; Ünver, **a.g.e.**, s. 106.

tin bu şekilde yapılması, maddeyi fiilen uygulanamaz hale getirecektir. Ancak maddenin mevcut düzenlemesi, tespitin bu şekilde yapılacağına dair ifadeler içermektedir. Madde metninde geçen, “kadının mağduru olduğu bir suç sonucu...” ifadesi bunu göstermektedir. Kanun koyucu, “kadının mağduru olduğu bir suç sonucu meydana gelme ihtimalinin yüksekliği, kuvvetli veya yeterli şüphenin varlığı, suçun varlığı konusunda ciddi nedenlerin varlığı” gibi ifadelere yer vermiyip, doğrudan bir suçun tespitinin varlığını aramıştır. Bu anlamda maddenin lafzı kanımızca sorunludur. Alm. CK, ilgili düzenlemede “gebeliğin bu suçtan kaynaklandığını kabul etmek için ağır sebepler (dringende Gründe) bulunursa...” ifadelerine yer vererek böyle bir tartışmanın önüne geçmiştir. Yine bu şekilde kişinin mahkeme sonucu beklenmeden çeşitli kurum veya kişilerce suçlu ilan edilmesi engellenmiş, “masumiyet karinesi” korunmuştur. Buradaki ağır sebeplerden kasıt, suçun kesin kanıtlara dayanması değil; suç fiiliyle gebelik arasındaki bağlantının, ciddi olarak ortaya çıkarılabilecek derecede bir olasılıkla saptanabilmesidir. Doktrinde bu durum, yüksek derecede olası olma (hoher Wahrscheinlichkeit) olarak da tarif edilmektedir³⁵. Bu, ceza muhakemesi anlamında “kuvvetli şüphe” (dringende Verdacht)³⁶ye tekabül etmektedir³⁷.

b. İkinci olasılık ise bu halin tespitinin soruşturma aşamasındaysa savcılık yahut sulh ceza hâkimince, kovuşturma aşamasında ise kovuşturmayı yapan mahkemenin hâkimi tarafından yapılmasıdır. Tespitin bu şekilde yapılması gerektiği doktrinde de hâkim olan görüştür. Bu görüşe göre, her ne kadar kanun koyucu bunu açıkça belirtmese de işin mahiyeti gereği, olay adliyeye intikal etmeli ve TCK m. 99/6 uyarınca anne karnındaki ceninin düşürtülebilmesine adli

³⁵ Kühl, a.g.e., § 218a Rn 19.

³⁶ Dirndegde Gründe ifadesinden farklı olarak tutuklama sebeplerinin düzenlendiği Alm. CMK m. 112’de yer alan terim Türkçe’ye kuvvetli şüphe olarak tercüme edilmiştir. Feridun Yenisey/Salih Oktar, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozessordnung (StPO)**, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2015, s. 164. Bu terim Alman Hukuku’nda, “o zamana kadarki soruşturma sonuçlarına göre şüphelinin suçu işlediği veya suça yardım konusunda büyük bir olasılığın varlığı” olarak tanımlanmıştır. Gerd Pfeiffer, **Strafprozessordnung Kommentar**, München, verlag C. H. Beck, 2005, § 112 Rn. 2.

³⁷ Eschelbach, a.g.e., StGB § 218a, Rn. 27.

makamlarca karar verilmelidir³⁸. Doktrinde soruşturmada suçun işlendiği ve gebeliğin suçtan kaynaklandığı konusunda kamu davası açılması için yeterli şüphenin oluştuğunun belirtilmesi veya kamu davasının açılması durumunda hekimin çocuk düşürtme operasyonunu yapabileceği de ileri sürülmektedir³⁹. Dolayısıyla yürütülen bir soruşturma veya kovuşturmanın varlığı gereklidir. Her durumda söz konusu suça ilişkin iddia, önceden şikâyet veya ihbar yoluyla adliyeye yansımış olmalıdır. Yine bu noktada hekimin zaten suç sonucu gebe kaldığı iddiasıyla kendisine gelmiş kadının bu iddiasını, ortada bir suç şüphesi olduğu gerekçesiyle TCK'nın 279. veya 280. maddeleri uyarınca adli makamlara bildirmek zorunda olduğunu belirtelim⁴⁰. Bu, hekimin kanuni yükümlülüğüdür⁴¹. Ancak asıl soru, hekimin bu yükümlülüğünü kürtaj operasyonundan sonra mı yoksa önce mi yerine getireceğidir. Tespitin soruşturma veya kovuşturma sürecinde adli makamlarca yapılmasını savunan bu yazarlara göre, suç isnadını öğrenen hekim bunu derhal adli makamlara bildirmeli ve soruşturma sonucunda adli makamlardan bu konuda bir karar çıkmasını beklemeli, yani kendi inisiyatifine göre operasyon yapmamalıdır.

Uygulamada söz konusu olayların adliyeye yansıtılması bakımından mağdur açısından sorunlar yaşanabilmektedir. Yakın zamanda ülkemizde yaşanan örnekte suç sonucu gebe kaldığını iddia eden ancak töre cinayetine kurban gideceğinden korkan kadın, isminin açığa çıkacağı endişesiyle olayı savcılığa intikal ettirememiştir. Sorun, ancak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın devreye girmesi

³⁸ Özgenç, a.g.e., s. 350-351; Gülşen, a.g.e., s. 1217-1218; Hakeri, a.g.e., s. 741.

³⁹ Hasan Gerçekler, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 1*, Ankara, Ütopya Grafik, 2011, s. 1322.

⁴⁰ Gülşen, a.g.e., s. 1220-1221.

⁴¹ *Kitapçoğlu*, hekimin sır saklama yükümlülüğüyle söz konusu yükümlülük arasındaki çatışmadan bağımsız olarak, bildirim yükümlülüğünün özellikle enstest veya cinsel istismar sonucu gebe kalan mağdurlar için sorun teşkil edebileceğini belirtmektedir. Buna göre mağdur, ailesinin fail olarak ihbar edilmesine sebep olduğu için psikolojik veya fiziksel baskılara maruz kalabilecek ve ikincil bir mağduriyet yaşayabilecektir. Bu nedenle yazar söz konusu yükümlülüğün bu istisnai haller dikkate alınarak sınırlandırılmasını önermektedir. *Kitapçoğlu*, a.g.e., s. 327.

ile çözülebilmıştır⁴². Cenini düşürmek için soruşturma şartının aranması benzer örnekleri gündeme getirebilecek ve maddenin uygulanmasını zorlaştırabilecektir.

c. Son olasılık ise bir suç sonucu gebe kalınıp kalınmadığının tespitinin hekimlerce yapılmasıdır. Bu görüşe göre söz konusu suç bakımından soruşturmaya başlanmış olup olmamasının, suçun takibinin şikâyete bağlı olup olmamasının, suç failinin belirli veya mağdurca bilinmeyen bir kimse olup olmamasının bir önemi yoktur⁴³. Buna göre hekim operasyonu gerçekleştirmeli ve derhal durumu savcılığa bildirmelidir. TCK m. 99/6'da, aksine bir düzenleme yoksa da bu yetkinin hekimlere verildiğini ortaya koyan bir ifade de bulunmamaktadır. Konuyla ilgili olarak sadece "...ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir." ifadesine yer verilmiştir.

Almanya'daki uygulamaya baktığımızda ise kanunun "hekimlik bilgisine göre, gebe kadına üzerinde Ceza Kanunu'nun 176 ila 179'uncu maddelerinde yer alan hukuka aykırı fiillerden biri işlenmiş olduğu belirlenir..." düzenlemesi ile bunun tespitinin hekimlere bırakıldığı açıkça belirtilmiştir. Madde, hayata karşı işlenmiş suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Buna rağmen, mevcut düzenlemeyle, kurumun uygulanmasının kolaylaştırılması amacıyla tespit hekimlere bırakılmıştır. Alman hukukundaki bir diğer dikkat çekmemiz gereken nokta ise, hekimin gebeliğin bu suçtan kaynaklandığını kabul etmek için ağır sebepler bulunup bulunmadığını tespit ederken elindeki verilere göre hareket edeceği ve mesleki bilgisi ölçüsünde karar vereceğidir. Bu anlamda hekimin kriminal bir araştırmaya başvurarak soruşturma makamı gibi hareket etme zorunluluğu yoktur. Bu konuda yürüyen bir soruşturma varsa savcılıktan belge istemek kendi inisiyatifindedir. Burada, hekimin somut subjektif değerlendirmesi önemli olacak ve hekimin tıbbi kavrama alanı dikkate alınarak, sadece görüşün hekimlik mesleği bakımından kabul edilebilir olup olmayacağına bakılacaktır⁴⁴.

⁴² <http://haber.gazetevatan.com/o-hamilelik-sonlandirilacak/501154/1/Haber>, (Erişim tarihi: 03.09.2015).

⁴³ Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. 2, Ankara, Yayın Matbaacılık, Şubat 2007, s. 817.

⁴⁴ Kühn, a.g.e., § 218a Rn 19.

Görüldüğü üzere kanunumuzda tespitin hekim tarafından yapılacağına dair Alm. CK'daki gibi açık bir ifade yoksa da aksi yönde bir ifade de bulunmamaktadır. Suç tespitinin adli bir mesele olması gerekçesiyle bunun hekimlere bırakılmayacağı düşüncesine rağmen Alman hukukundaki uygulama, bunun aksinin de mümkün olduğunu ortaya koymaktadır. Kaldı ki, savcılık önüne böyle bir olay geldiğinde durumu hekimlere soracaktır. Şu halde zaman kaybını önlemek amacıyla hekimlerin bu durumu tespit edip, adli makamlara sonradan bildirmek şartıyla, mağduru en yakın uzman hekime yönlendirmesi ve operasyonun zaman geçmeden yapılması biçimindeki bir uygulama ve maddenin bu yönde bir yorumu kanımızca hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.

2. Gebeliğe neden olan suçların kapsamı

Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması konusundaki bir diğer sorun ise, hangi suçların gebeliğe neden olan suçlar kapsamında değerlendirileceğidir. Bu konuda ilk olarak, yukarıda da belirttiğimiz üzere, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kapsamında mütalaa edilen suçlar akla gelecektir. Ancak tıp bilimindeki gelişmelere paralel olarak yapay dölleme yöntemleri ve taşıyıcı annelik gibi yollarla gebeliğin mümkün olabilmesi, söz konusu suçun farklı biçimlerde de meydana gelebileceğini göstermektedir. Nitekim yakın zamanda yaşanan bazı örnekler⁴⁵ bu tespitin haklılığını ortaya koymaktadır. Bunlar içinde Adana Balcalı Hastanesi'nde başkalarından aldıkları spermle, kadın hastaların hamile kalmasını sağladığı iddia edilen hekim, TCK m. 257 uyarınca görevi kötüye kullanmak suçundan üç yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Kanımızca yine uygulanan yapay dölleme yöntemine⁴⁶ göre TCK m. 86 ve devamında düzenlenen "yaralama suçu" başta olmak üzere birçok suç çeşidi, gebeliğe neden olma bakımından gündeme ge-

⁴⁵ <http://www.milliyet.com.tr/spermci-profesore---yil-hapsi-yargitay-onadi/turkiye/sondakikaarsiv/23.10.2009/1153854/default.htm> (Erişim tarihi:03.09.2015), <http://magazin.milliyet.com.tr/kendi-spermini-vermis-/yasam/magazindetay/15.11.2009/1162068/default.htm> (Erişim tarihi:03.09.2015).

⁴⁶ Yöntemler için bkz. Yasemin Erol, **Yapay Dölleme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik**, Ankara, Yetkin, 2012 Nisan, s. 69-71.

lebilecektir⁴⁷. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından ise TCK m. 102/2’de düzenlenen cinsel saldırı suçunun nitelikli hali, yine TCK m. 103/2’de düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hali ile TCK m. 104’teki reşit olmayanla cinsel ilişki suçları⁴⁸ söz konusu olabilecektir⁴⁹. TCK m. 102/2’nin ikinci cümlesinde belirtilen eşler arası cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin de bu kapsamda olduğu vurgulanmalıdır. Ancak bazı yazarlar, eşi tarafından cinsel saldırıya maruz kalan kadının, çocuğunu düşürttükten sonra şikâyetinden vazgeçerek eşinin ceza almasına engel olabileceğini belirtmekte ve bu kurumun bu şekilde kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla “gebe kalan eşin yirmi hafta beklemesi için hukuken kabul edilebilir fiili ve tıbbi bir nedeninin bulunması gerektiğini” ileri sürmektedirler⁵⁰. Bu konuda *Gülşen*, ceninin yaşam hakkını savunmak için bu yönde bir düzenlemenin yapılması gerektiğini belirtmektedir⁵¹. Kanımızca kanunun öngörmediği böyle bir şartı aramak, her on haftayı geçirmiş suç sonucu gebe kalan kadına “neden ilk on hafta içinde gelmedin?” biçimde bir yaklaşıma neden olabilecektir ki, bu yaklaşım maddenin uygulanmasını daha da zorlaştıracaktır. Önemli olan gebeliğin suç sonucu meydana gelmesidir. Kanun koyucu, mağdura yirmi haftalık bir süre vermişse bunun ne zaman kullanılacağına mağdur kendisi karar verebilmeli, kurumun kötüye kullanılabilme ihtimalle-

⁴⁷ Bazı suç tipleri bakımından yaşanabilecek hukuki sorunlar için bkz., Mustafa Özen, “Çocuk Düşürtme ve Düşürtme Suçları”, *THD*, Ocak 2007, S. 5, s. 100.

⁴⁸ Alman doktrinde suç endikasyonuna mağdurun kendisinin sebebiyet vermemesi gerektiği belirtilmektedir. Strohner, *a.g.e.*, s. 153. Bu anlamda reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kapsam dışı bırakılması olasılığı gündeme gelebilecektir. Ancak kanımızca iki husus bu olasılığın önüne geçmektedir. İlk olarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna mağdurun kendisinin sebebiyet verdiği hususu tartışmaya açıktır. İkinci husus ise iki hukuk düzenindeki düzenlemelerin farklılık arz etmesidir. Aşağıda da belirteceğimiz üzere hangi suçların bu kapsamda değerlendirileceği Alm. CK’da tek tek sayıldığı ve bu suçların hepsinin mağdurun rızası hilafla gerçekleştiği düşünülürse Alman hukuku bakımından bu saptama doğrudur. Ancak bizim mevzuatımız sadece suç sonucu oluşan bir gebeliği yeterli gördüğü için reşit olmayanla cinsel ilişki suçu da bu kapsamda değerlendirilecektir.

⁴⁹ *Gülşen*, *a.g.e.*, s. 1218.

⁵⁰ Hakeri, *a.g.e.*, s. 740; *Gülşen*, *a.g.e.*, s. 1219. *Ünver*’in bu şartın tüm suç sonucu gebelik halleri için aranması gerektiği görüşü için bkz. *Ünver*, *a.g.e.*, s.105.

⁵¹ *Gülşen*, *a.g.e.*, s. 1219.

rinin önüne aşağıda öneriler kısmında da belirteceğimiz üzere farklı hukuki düzenlemelerle geçilmelidir.

TCK m. 104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişkide her iki tarafın da reşit olmaması halinde mağdurun kim olduğu yahut mağdurun olup olmadığı tartışması, TCK m. 99/6'nın uygulanması bakımından önemlidir. *Hakeri*, her iki tarafın da suçun mağduru olabileceğini belirtmekte ve bu nedenle TCK m. 104'ün düzenlenmesinde hatalar ve eksiklikler olduğunu ileri sürmektedir⁵². Diğer bir görüşe göre ise kimin mağdur kimin fail olduğunun bilinmediği bir suç tipinin varlığı mümkün değildir ve söz konusu suç tipinin faili on sekiz yaşını doldurmuş kişidir. Şu durumda her iki taraf da çocuksa fiil cezalandırılmayacaktır⁵³.

Alm. CK'da, bu suçların tek tek sayılması yoluna gidilmiştir. Alm. CK m. 218a/3'e göre Alm. CK m. 176 ile 179 maddelerinde yer alan suçların varlığı halinde kadın, bu kriminolojik endikasyon durumundan yararlanabilecektir. Alm. CK m. 176, çocukların cinsel istismarını düzenlerken Alm. CK m. 177, nitelikli cinsel saldırı suçunu düzenlemektedir. Alm. CK m. 178, cinsel saldırının neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini düzenlerken 179. madde ise suçun nitelikli halini ele almıştır. Şu halde m. 173'te düzenlenen rızaya dayalı reşitler arası aile içi cinsel ilişki (basit ensest) suçu sonucu ortaya çıkan gebelik kapsam dışı bırakılmıştır⁵⁴. Aynı biçimde Alm. CK m. 174-174c'de düzenlenen "himayesine verilen insanın cinsel istismarı" suçu sonucu oluşan gebelikler de m. 218a III kapsamında değerlendirilemeyecektir⁵⁵.

II. Gebelik Süresinin Yirmi Haftadan Fazla Olmaması

Ülkemizde kanun koyucu, suç sonucu gebelikte anne karnındaki cenini düşürtme bakımından yirmi haftalık bir süre öngörmüştür. Söz konusu süre, kanun hazırlanırken tartışma konusu olmuştur.

⁵² Hakeri, a.g.e., s. 740.

⁵³ Gazi Üniversitesi Uygulama ve Araştırma Merkezi Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, C. 1, Seçkin, Ankara, Ekim 2012, s. 254.

⁵⁴ Kühl, a.g.e., § 218a Rn 19.

⁵⁵ Reinhard Merkel, *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch Kommentar*, 4. Auflage, 2013, StGB § 218a Rn. 148.

2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda herhangi bir süre öngörülmemeyerek gebeliğin her aşamasında çocuk düşürtme mümkün kılınmışken, 2004 tarihli tasarı için oluşturulan Adalet Alt Komisyonu'nda bu süre yirmi dört hafta olarak belirlenmiştir. Adalet Komisyonu'nda ise sürenin on altı hafta olması gerektiği ileri sürülmüş en nihayetinde söz konusu süre yirmi hafta olarak tespit edilmiştir⁵⁶.

Anne karnındaki ceninin gelecekte var olma hakkının korunmasının gerekip gerekmediği, korunacaksa nasıl ve hangi andan itibaren korunacağı tartışmalıdır ve ülkemizde de güncel gelişmelere bağlı olarak yakın zamanda bu konu şiddetli biçimde tartışılmıştır. Yukarıda kanunumuzdaki suç tipinin eski kanunumuzda olduğu gibi⁵⁷ kişilere karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olmasının tartışma konusu olduğunu belirtmiştik. Şu halde kanun koyucunun cenini bir kişi olarak telakki ettiği sonucu ortaya çıkabilecektir. Aslında söz konusu tartışma, kanun koyucunun kabulünden bağımsız, basit bir terminoloji sorunu olmaktan ziyade, ceninin yaşamının bir insan bireyinin yaşamı olup olmadığı ve, ceninin insan bireyi olarak kabul edilsin edilmesin, ileride var olma hakkının gebe kadının kişilik hakları karşısındaki durumu tartışmasına dayanmaktadır⁵⁸. Bu anlamıyla ceninin varlığına son verilmesi hukuk ile etik arasındaki ilişkinin çokça tartışma konusu yapıldığı bir olaydır ki; dönem dönem siyasi gündeme de bu tartışmalar çerçevesinde konu olmaktadır. Tıp bilimi bize sadece ceninin gelişimi hakkında bilgi verebilmekte ve ceninin koruma sahası etik-hukuk tartışmaları ışığında çizilmektedir⁵⁹. Çalışmamızda söz konusu tartışmalara ilişkin görüşlere yer verilemeyecektir. Ancak, kanun koyucu varlık, kişi, insan vb. nasıl kabul edilirse edilsin anne karnındaki cenin ile annenin yarışan menfaatleri arasında tercih yapmak, bu menfaatleri dengelemek durumundadır. Yine söz konusu tercihte nüfus planlaması gibi toplumun menfaatlerini ilgilendiren hususların da devreye gir-

⁵⁶ Gülşen, a.g.e., s. 1221.

⁵⁷ Halil Yılmaz, "Çocuk Öldürme (Çocuk Düşürme/Düşürtme) Suçu", **Ankara Barosu Dergisi**, 2001-2, s. 72.

⁵⁸ Şahin Aksoy, "Kürtaj Sadece Tıbbi Bir Karar Olabilir mi?", **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi**, 1996, C. 1, S. 1, s. 6.

⁵⁹ Harry J. Gensler, "Bazı Etik Kuralları Normları Işığında Kürtaj", Çev. Muhammed Enes Kala, **DEÜİFD**, XXXII/2010, s. 238.

diğini kabul edersek, durum daha bir önem kazanmaktadır. Şu halde çocuk düşürtme suçuyla korunan hukuksal yararın ne olduğu tartışmasına zorunlu olarak değinmek gerekecektir.

Dönmezer'e göre söz konusu suç tipiyle korunabilecek hukuksal yararlar olarak anne karnında meydana gelen canlı varlığın hayatı ve ya müstakil bir hayat sahibi olma imkanı ve devletin nüfus politikaları sayılabilecektir⁶⁰. Ancak nüfus politikaları çerçevesinde ulusun çoğalma gücünün korunması *Aydın'a* göre madde başlığı da dikkate alındığında korunan hukuksal yararlar içerisinde yer almayacaktır⁶¹. Suç tipiyle korunan diğer hukuksal yararlar yaşama hakkı, biyolojik anne olabilme hakkı, anne olup olmamayı seçebilme hakkı, beden dokunulmazlığı ve ruh sağlığı biçiminde sayılabilir⁶². *Kanbur'a* göre korunan öncelikli yarar ceninin gebelik süreci içerisindeki doğal gelişim hakkıyken⁶³; *Hakeri'e* göre ilk planda insan hayatı yer almaktadır⁶⁴. *Kızıroğlu'na* göre onuncu haftaya kadar sadece anne rızası çocuk düşürtmek için yeterli kabul edilerek, anne olup olmamayı seçebilme hakkı ceninin doğabilme hakkına göre daha üstün görülmüş; ancak onuncu haftadan sonra istisnai hallerde çocuk düşürtmeye izin verilerek bu andan itibaren bu iki hakkın eşit olduğu kabul edilmiştir⁶⁵. *Gensler'e* göre anne karnındaki ceninin yaşam hakkı derece derece artmaktadır. Üç aylık bir cenini düşürtmekle altı aylık bir cenini düşürtmek arasında ciddi bir mazeret farkı olmalıdır⁶⁶. Gebeliğin ilerleyen dönemlerinde yapılacak çocuk düşürtme işleminin anne sağlığı açısından daha tehlikeli olduğu, hatta yaşamsal tehlikenin de söz konusu olabileceği bilinmektedir. Gerçekten de kanun koyucu söz konusu haklar arasında zamana göre de şekillenen bir hiyerarşi yaratmış ve onuncu haftadan sonrası için hem annenin yaşam hakkını hem de ce-

⁶⁰ Sulhi Dönmezer, "Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünyü, Yarını", *İÜHFİM*, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 7.

⁶¹ Murat Aydın, "Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Cezai Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 2, 2011, s. 73.

⁶² Kızıroğlu Keskin, *a.g.e.*, s. 170.

⁶³ Kanbur, *a.g.e.*, s. 1231.

⁶⁴ Hakeri, *a.g.e.*, s. 717.

⁶⁵ Kızıroğlu, Keskin *a.g.e.*, s 170.

⁶⁶ Gensler, *a.g.e.*, s. 238.

nenin gelişmişlik düzeyini dikkate almıştır. Bu çerçevede ceninin gelecekte var olabilme hakkını kadının anne olup olmamayı seçebilme hakkına göre üstün görmüş, sadece TCK m. 99/2 ve TCK m. 99/6'daki istisnaların varlığın halinde çocuk düşürtme işlemine izin vermiştir. Kısacası anne olup olmamayı seçebilme hakkının belirli bir süreden sonra sınırı ceninin gelecekteki yaşam hakkı, ceninin bu hakkının sınırı anne rızası ve annenin ruh ve beden sağlığıdır⁶⁷. Ceninin gelecekte var olabilme hakkı da normal şartlarda göz önüne alınması gereken bir yarar olmasına rağmen, bu tartışmalar üzerinden çalışmamızın sonunda da belirteceğimiz üzere ortada bir suç sonuç gebelik varsa, annenin bu gebelikten kurtulma imkanının tek sınırının annenin yaşam hakkı olduğunu, hayati bir tehlikenin yokluğu halinde annenin rızası da mevcutsa her zaman gebeliği sonlandırılabilirliğini düşünmekteyiz. Bu şekilde tramva yaşayan anne ikincil bir mağduriyetten de korunacaktır.

Uygulama bakımından yukarıda bahsettiğimiz cinsel saldırı sonucu gebe kalan kadının, töre cinayetlerine kurban gitme, aile baskısı ve korkusu, travmanın etkisini üzerinden atamaması sebebiyle suskun kalması gibi nedenlerle bu süreyi kaçırabildiğini belirtmiştik. Bunun dışında özellikle ergen dönemdeki çocuklarda gebelik halinde, gebeliğin mağdur tarafından tespit edilebilmesinde de zorluklar yaşanabilmektedir. Özellikle ergen yaştaki çocuklarda adet kanamasının düzensizliği⁶⁸ ve bu yaştaki çocukların zaten gerek gebelikten korunma gerekse de gebelik konusundaki eğitimsizliği, gebeliğin zamanında fark edilememesine neden olabilmektedir. Saydığımız bu olasılıkların yanı sıra bir de olayın adli makamlara iletilmesinde ve adli makamlarla Adli Tıp arasındaki yazışmalarda geçen süreler eklenince, çocuk düşürtme operasyonunun süresi içinde yapılamaması söz konusu olabilecektir. Benzer biçimde, yukarıda da belirttiğimiz üzere, insan ticareti, göçmen kaçakçılığı veya hürriyeti tahdit gibi suçların icrası sırasında gebe kalan kadın, eğer yukarıdaki suçların tamamlanması ile sona ermesi anı arasındaki süre yirmi haftayı geçmişse, maddeden yararlanamayacaktır⁶⁹.

⁶⁷ Kiziroğlu Keskin, a.g.e., s. 171..

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz., <http://www.jinekoloji.net/menometroraji2.html> (Erişim tarihi: 04.09.2015).

⁶⁹ Alman Hukukunda bu durumda genel zorunluluk hali hükümlerine kıyas yoluyla başvurulabileceği görüşü için bkz. Merkel, a.g.e., StGB § 218a Rn. 138.

Tartışılması gereken diğer bir önemli konu ise, yirmi haftalık süreye bağlı kalmaksızın, ağır ruhsal çöküntü içindeki mağdurun, tıbbi zorunluluk nedeniyle TCK m. 99/2 uyarınca çocuk düşürtme hakkına sahip olup olmayacağıdır. Bu sorunun cevabı iki noktada düşünülmektedir. Bunlardan ilki, suç sonucu oluşan ağır ruhsal çöküntü halinin, TCK m. 99/2 ve ilgili mevzuatta belirtilen tıbbi endikasyon halleri içinde yer alıp almadığıdır. TCK m. 99/2, tıbbi bir zorunluluğun bulunması halinde her hangi bir süre öngörülmezsizin ceninin düşürtebileceğini belirtmiştir. Bu durum, NPHK m. 5'te ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. NPHK m. 5/2-3'teki tıbbi zorunluluk diye tanımlayabileceğimiz haller şunlardır:

1. Çocuk ile onu takip edecek nesiller bakımından ağır maluliyete neden olma⁷⁰,

2. Annenin hayatı veya hayati organlarından birini tehdit eden acil haller.

Annenin hayatını tehdit eden acil hallerin neler olduğu, "Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük' ün 5. maddesinin yönlendirmesiyle 2 Sayılı Ekli Liste'de gösterilmiştir. Burada hem anne hem de çocuk için fiziksel sağlık sorunları belirtilmişken, listenin L bendinde "ruh hastalıklarına bağlı nedenler" başlığı altında ruhsal sağlık sorunları da bu kapsama dahil edilmiştir. L bendinde bu haller "oligofreni, kronik şizofreni, psikoz manyak depresif (PMD), paranoya, uyuşturucu bağımlılıkları ve kronik alkolizm" olarak sayılmıştır. Suç sonucu gebelik halinde mağdurun somut olaya göre bu hastalıklardan birine dâhil edilip edilemeyeceğine psikiyatri bilimi karar verecektir. Ancak genel kabul, gebelik sonucu oluşan ağır ruhsal çöküntü halinin bu tanılar içine sokulamayacağı ve annenin ruh sağlığı bakımından psikolojik yıkıntı yaratacak durumların tüzükte dikkate alınmadığıdır⁷¹. Bu durumda suç sonucu gebe kalan mağdurun yaşadığı ruhsal çöküntü

⁷⁰ Özürlülük endikasyonu. Hakeri, a.g.e., s. 729.

⁷¹ Burcu Dönmez, "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AHİM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 2, 2007, s. 123; Erman/Özek, a.g.e., s. 199.

hali bu kapsamda değerlendirilemeyecektir⁷². Erman/Özek, nitelikli cinsel saldırı sonucu gebe kalan kadının çocuğu doğurmak zorunda olmasının yaratacağı bunalımın kişiyi intihara dahi sürükleyebileceğini de belirterek, düzenlemeyi eleştirmiştir⁷³. Ancak burada Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün "annenin hayatını tehdit eden hallerin kapsamını" Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun'un hilafına sınırlandırdığı ileri sürülebilecektir. Bu ise anayasa hukuku bakımından "tüzüklerle, kanunun uygulanışını göstermenin yanında, onun amaçladığı kapsamı daraltacak idari düzenlemeler yapıp yapılamayacağı" sorusunu gündeme getirecektir. NPHK m. 5'te geçen "derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller" ifadesiyle kanımızca tüzüğün sınırlandırdığı nedenlerden daha geniş bir kapsam ortaya konulmaktadır. Kanun koyucu NPHK'daki düzenlemeyle daha geniş bir koruma sahası yaratmayı amaçlamaktadır. Gebe kadını intihara sürükleyebilecek bir ruhsal çöküntü hali kapsam dışı bırakılıp, sadece fiziksel rahatsızlıkları veya oligofreni (akıl geriliği), kronik şizofreni gibi kronik ve suç fiilinden bağımsız nedenleri belirtmesi, idarenin kanun koyucunun iradesini yok sayan bir işlemidir. Şu halde uygulamada tüzük yerine kanunun lafzına öncelik verilerek anne hayatı bakımından tehdit edici hallerin numerus klausus olarak sayılmayıp somut olaya göre tıp biliminin verilerine göre belirlenmesi, kanımızca hukuka daha uygun bir uygulama oluşturacaktır.

Doktrinde özürlü bir çocuk doğuracak kadının içinde bulunduğu bunalım haline dair de benzer tartışmalar yapılmaktadır⁷⁴.

Söz konusu ağır ruhsal çöküntü halini, TCK m. 99/2 içinde değerlendirebildiğimiz kabul edilse bile ikinci olarak cevap verilmesi gereken soru, TCK m. 99/6 mevcutken suç sonucu gebelikte TCK m.

⁷² Alm. CK m. 218/a (2)'de "ruh sağlığının ağır bir şekilde bozulması tehlikesinin" ifadesine yer verilerek bu durum açıkça düzenlenmiştir. Ülkelerin çok büyük bir kısmında da ruhsal sağlık sorunları tıbbi zorunluluk kapsamında kabul edilmiştir. Albin Eser/Hans-Georg Koch, **Schwangerschaftsabbruch und Recht: Vom internationalen Vergleich zur Rechtspolitik**, Nomos Verlag, 2003, s. 89.

⁷³ Erman/Özek, a.g.e., s.199.

⁷⁴ Tartışmalar için bkz. Hakeri, a.g.e., s. 732.

99/2'ye başvurmanın olanaklı olup olmadığıdır. Şu halde kanun dolanılmış mı olunacaktır? TCK m. 99/6 özel olarak, suç halinde gebeliği düzenlemiştir. Her suç sonucu gebelikte yaşanan ruhsal çöküntü çocuk düşürmek için tıbbi bir neden teşkil ediyorsa, bu durumda TCK m. 99/6, TCK m. 99/2'nin özel bir düzenlemesidir⁷⁵. Özel düzenlemeye rağmen genel düzenlemeye dönmek mümkün müdür? Bu tartışmaya girmeden, TCK m. 99/6'nın, TCK m.99/2'nin özel bir düzenlemesi olup olmadığı konusunun tartışmalı olduğu kanaatinde olduğumuzu belirtelim. Her ne kadar suç sonucu gebeliğin ayrı kurum olarak düzenlenmesi gerekçelerinden en önemlisi, yukarıda belirttiğimiz üzere, "mağdurun içinde bulunduğu ruhsal çöküntü" ise de her suç sonucu gebelik, mağdurda ruhsal bir rahatsızlığa neden olmaz. TCK m. 104'te düzenlenen "reşit olmayanla cinsel ilişki suçu" bakımından rıza ile cinsel ilişkiye girip gebe kalan reşit olmayan mağdur bu duruma örnek teşkil edebilir. Rıza ile cinsel ilişkiye giren ancak sırf yaşının küçük olması sebebiyle çocuğunu düşürmek isteyen mağdur yine TCK m. 99/6'dan yararlanacaktır ama burada mağdur ruhsal bir çöküntü içinde değildir. Yani TCK m. 99/6'nın, TCK m. 99/2'den tamamen ayrı bir düzenleme olduğu ileri sürülebilir. Suç sonucu gebe kalan kadının içinde bulunduğu ruhsal çöküntü, TCK 99/2'ye vücut verecek nitelikteyse, maddenin bu hükmüne başvurmak kanımızca hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.

Alm. CK bakımından suç sonucu gebelik halinde anneye tanınan çocuk düşürme süresi, on iki hafta ile sınırlı tutulmuştur. Ancak bu süre tıbbi zorunluk hali için geçerli değildir⁷⁶. Ülkemizdeki gibi tıbbi zorunluluk durumunda belirli bir süre öngörülmemiştir. Alman kanun koyucu, suç sonucu gebelik halinde de süreyi on iki hafta olarak belirlemiştir. Şu halde gerek sadece anne rızasına dayanan çocuk düşürmede, gerekse de bir zorunluluk hali olan suç sonucu gebelikte çocuk düşürmede süre aynıdır. Bu durum kanımızca eleştiriye açık-

⁷⁵ Alman Hukukunda m. 218a/2'de düzenlenen tıbbi endikasyon ile 218a/3'te düzenlenen kirminal endikasyonun, aynı şartlara bağlanması sebebiyle, doktrinde hakim görüş kriminal endikasyonun, tıbbi endikasyonun bir çeşidi olduğudur. Eser, **a.g.e.**, StGB §218a Rn. 23; Merkel, **a.g.e.**, StGB §218a Rn. 80. Aksi görüş için bkz., Merkel, **a.g.e.**, StGB §218a Rn. 143-147.

⁷⁶ Merkel, **a.g.e.**, StGB 218a Rn. 106.

tır; çünkü söz konusu düzenlemeyle bu zorunluluk hali bir istisnai hal olmaktan çıkarılmakta ve suç mağduru kadına genel düzenlemelerden farklı bir olanak yaratılmamaktadır. Mevzuatımızda sürelerle ilişkin düzenlemeler bu yönüyle daha isabetli ve kurumun mantığına uygundur. Alman doktrininde de özellikle çocuk istismarı ve zeka geriliğine sahip kişilerin istismarı gibi hallerde söz konusu sürenin yeterli olmayacağı eleştirisi yapılmıştır⁷⁷.

III. Çocuk düşürtme konusunda kadının rızasının bulunması

Kanun koyucu çocuk düşürtmenin cezalandırılmamasını kadının rızasına bağlamıştır. Doktrinde, çocuğun ana rahminden tahliyesi operasyonunun, gebe kadının sağlığı bakımından ağır sonuçlara yol açabilecek herhangi bir riskinin bulunmaması gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür⁷⁸. Bu durumda kadın rızası ancak kadının sağlığı için ciddi riskler taşımadığı haftalar için geçerli olmalıdır. Buradaki ciddi riskin ne anlama geldiği ve bu riskin tespitinde kadının iradesinin öneminin ne olduğu tartışması, bu çalışmanın sınırlarını aşacak niteliktedir. Ancak kanımızca her halükarda “kadın için ölüm tehlikesinin varlığı”, cenini düşürtmeye engel bir neden teşkil edecektir.

NPHK’de ise “gebeliğin sona erdirilmesinde izin” başlığı altında rızanın şekline dair daha ayrıntılı düzenlemelere gidilmiştir. Burada, bazı durumlarda kadının rızası yanında başka kişi veya kişilerin de izni, çocuk düşürme operasyonu için koşul olarak belirtilmiştir. Kanun koyucu küçüklerde velinin iznini, vesayet altında bulunanlarda ise vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin iznini, son olarak kadın evli ise eşin rızasını, kadın rızasına ek olarak istemiştir. TCK’da sadece kadının rızası aranırken, NPHK’de çocuk düşürtmek için başka şartların da aranması çelişkili bir düzenlemedir. *Ertuğrul* NPHK’deki bu açık düzenleme karşısında gebeliği istemeyen kadının haklı bir sebebinin olması ve bu haklı sebebin hakim kararıyla kabulünün gerektiğini ileri sürmektedir. Örnek olarak eş istemesine rağmen gebeliği istemeyen kadın, çıkan uyuşmazlıkta doğacak çocuğun bakımının maddi olarak aileyi zorlayacağı gerekçesiyle mahkmeden bu konu-

⁷⁷ Merkel, A.e., StGB 218a Rn. 156.

⁷⁸ Kanbur, a.g.e., s. 1241.

da bir karar alınmasını isteyebilecektir⁷⁹. Hâkim görüş ise bu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle, rıza ehliyetinin varlığı halinde tek başına kullanılabilmesi yönündedir⁸⁰. Doktrinde bu halde sadece disiplin cezasının gündeme geleceği belirtilmiştir⁸¹.

Alman ceza hukukunda da kadının rızası aranmaktadır. Rızanın kullanımı bakımından benzer tartışmalar söz konusu olup, burada da kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle, tek başına mağdurun rızasının yeterli olacağı kabul edilmektedir⁸².

IV. Gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi

TCK m. 99/6 suç sonucu ortaya çıkan gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yine buna paralel olarak Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m. 6'da, on haftayı geçen gebelikte rahim tahliyesinin, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılacağı belirtilmektedir. Doktrinde bu düzenleme eleştirilmiş ve çocuk düşürtmenin mutlaka hastane ortamında yapılması şartının, hastane masraflarını karşılayamayacak, ekonomik olarak güçsüz durumdaki kişiler için bu hakkın kullanımını zorlaştıracığı ileri sürülmüştür⁸³. Ancak anne sağlığının korunması bakımından bu gibi önemli bir operasyonun kanunda belirtilen şartlarda yapılması gerektiği açıktır. Devletin bu konuda ücretsiz ve nitelikli bir hizmet sunması onun sosyal devlet olma gerekliliği içerisinde yer almaktadır.

⁷⁹ Hüseyin Ertuğrul, "Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme Suçu", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 6, S. 2, Temmuz 2016, s. 369. Ancak yazar Ceza Kanunu'nda rıza aranmaması nedeniyle ceza hukuku anlamında sorumluluğun olmayacağı noktasında diğer yazarlarla aynı düşüncedir. Ertuğrul, *A.e.*, s. 370.

⁸⁰ Kanbur, *A.e.*, s. 1243; Gülşen, *a.g.e.*, s. 1224-1225; Hakeri, *a.g.e.*, s.740.

⁸¹ Şafak, *a.g.e.*, s. 38.

⁸² Köhl, *a.g.e.*, § 218a Rn 7.

⁸³ Ünver, *a.g.e.*, s.105.

Sonuç

Yukarıda yapılan madde incelemesi ve değerlendirmeler ışığında bazı sonuçlar çıkarmak mümkündür:

İlk olarak TCK m. 99/6'da geçen "mağduru olduğu bir suç sonucu gebelik..." ifadesinin düzeltilmesi gerektiği vurgulanmalıdır. Söz konusu düzenleme suç sonucu gebeliğin tespitinin, mutlakla kovuşturma makamlarınca ve kesin karar neticesinde yapılacağı şeklinde yorumlara neden olmaktadır. Böyle bir yorum ise TCK m. 99/6'nın fiilen uygulanamaması anlamını taşımaktadır. Kesin hüküm beklenmeden yapılacak herhangi bir tespit ise, madde metni esas alındığında şüpheli veya sanığın masumiyet karinesinden kaynaklı haklarını ortadan kaldırmak anlamına gelecektir. Bu nedenlerle TCK m. 99/6'nın, sorunu büyük oranda çözmüş olan Alm. CK'daki düzenlemeye benzer şekilde tekrar ele alınması ve bir suç sonucu meydana gelme ihtimalinin yüksekliğini yeterli sayacak bir düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir.

İkinci olarak gebeliğin suç sonucu meydana geldiğinin tespitinin nasıl yapılacağı mevzuatta belirtilmemiş ve bu durum birçok varsayım ve tartışmaya neden olmuştur. Bu belirsizliği aşmak için kanun koyucu ve uygulamacılar bakımından aşağıdaki öneriler ileri sürülebilir:

1) Kanun koyucu açık bir düzenlemeyle, söz konusu tespit kim veya hangi kurum tarafından ve nasıl yapılacağını düzenlemelidir. Bu düzenleme çeşitli biçimlerde olabilir:

a. Kanun koyucu açık bir ifade ile bunun tespitini hekimlere veya adli makamlara bırakabilir. Ancak kanımızca bu tespit adli makamlara bırakılacaksa, *Ünver*'in de ileri sürdüğü üzere bu konu öncelikli bir mesele olarak ele alınıp hızlı bir soruşturma veya kovuşturmayla zaman kaybetmeden karara bağlanmalıdır⁸⁴. Kanun koyucu bu usulü teminat altına alacak düzenlemelerde bulunmalıdır.

b. Suç sonucu gebeliğin tespiti yine *Ünver*'in önerdiği üzere; bir kurula da bırakılabilir⁸⁵. Farklı meslek gruplarının içinde bulunacağı

⁸⁴ Ünver, A.e., s. 106.

⁸⁵ Ünver, A.e., s. 106.

bu kurulun, çocuk düşürtme talebini birinci elden araştırıp karara bağlamasını öngören bir düzenleme söz konusu olabilir.

c. Kadın beyanının esas alınması suretiyle tespitte bulunulması yönünde bir düzenleme de söz konusu olabilir. Ancak bu beyanın doğru olmaması halinde kanımızca kadın ağır bir yaptırımla karşılaşmalıdır. TCK'da "adliye karşı suçlar" başlığı altındaki "iftira" suçuna bir fıkra eklenerek; yargılama sonucunda bu beyanın gerçek olmadığına anlaşılması halinde iftira suçunun nitelikli haline vücut verecek biçimde daha ağır bir cezanın öngörülmesi söz konusu olabilir. Şu halde bu kurumu kötüye kullanan anne hem TCK m. 100'de yer alan çocuk düşürtme hem de TCK m. 267'de yer alacak iftira suçunun nitelikli halinden gerçek içtima hükümleri çerçevesinde sorumlu olacaktır. Böyle bir düzenleme kurumun kötüye kullanılmasının engellenmesine hizmet edebilecektir.

2. Kanun koyucunun hiçbir düzenleme yapmaması halinde uygulayıcılar, yukarıda yaptığımız tartışmalar sonucu ortaya çıkan aşağıdaki öneriler ışığında hareket edebilirler:

a. TCK m. 99'6'nın lafzı aksini belirtmediği için hekimler, adli makamlardan izin almadan operasyonu gerçekleştirebilirler. Ancak her halükarda ortada bir suç isnadı olduğu için TCK. 280 uyarınca operasyondan sonra durum savcılığa bildirilmelidir.

b. Gerek yirmi haftalık süre içinde gerekse de sonrası süreçte, mağdur kadında TCK m. 99/2 kapsamında tıbbi zorunluluk hali niteliğinde bir ruhsal çöküntü oluşmuş ise; cenin hiçbir süreye bağlı kalmaksızın düşürtülebilecektir. NPHK m. 5'e göre tıbbi zorunluluğun varlığı kadın doğum uzmanı veya ilgili daldan bir uzman tarafından tespit edilecektir. Ancak somut olay bakımından travmanın boyutunun tespitinin, işin niteliği gereği, bu kişiler tarafından değil Adli Tıp Kurumu veya daha ivedi olması bakımından sadece bu durumun tespitiyle yükümlü bir kurul eliyle yapılması daha uygun olacaktır.

Konuya ilişkin öne sürdüğümüzden farklı birçok öneri gündeme gelebilir. Ancak kanımızca bu öneri ve değerlendirmeler yapılırken, özellikle cinsel saldırı suçunun mağduru olan bir kadının gebeliğinin sonlandırılması bakımından, ceninin gelecekteki var olabilme hakkına nazaran annenin ruh ve beden bütünlüğünün korunması daha üstün nitelikte bir hak olarak telakki edilmelidir. Ancak yukarıda

belirttiğimiz gibi çocuk düşürtmenin gebe kadın bakımından ağır sonuçlara yol açabilecek herhangi bir sağlık riskine de neden olması gerekmektedir. Bu durumlarda mağdur kadının içinde bulunması muhtemel ruhsal çöküntü halleri nazara alınarak, özellikle cinsel saldırı suçlarının varlığında, gebeliğin sonlandırılmasını sınırlandıracak ölçüt ceninin yaşam hakkı değil, operasyonun anne sağlığı bakımından ciddi bir riski oluşturup oluşturmadığı ve anne rızasının varlığı olmalıdır.

Kaynakça

Aksoy, Şahin: Kürtaj Sadece Tıbbi Bir Karar Olabilir mi?, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, 1996, C. 1, S. 1, s. 6-9.

Altıparmak, Saliha/Çiçeklioğlu, Meltem/Yıldırım Gülay: Abortus ve etik, Cumhuriyet Tıp Derg 2009, S. 31, s. 84-90.

Aydın, Murat: “Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Cezai Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 2, 2011, s. 68-100.

Beysan, Nazime: Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi, İstanbul, XII Levha, Mayıs 2015.

Can, Sibel: “Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan gebelikler Açısından Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2015/1, s. 81-104.

Çakmut, Yenerer Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, Beta, 2009.

Dönmez, Burcu: TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, s. 99-141.

Dönmezer, Sulhi: Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü, Yarını, İÜHFİM, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 2-11.

Emini, M. Emin: “Hak Kavramı”, Konya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 12, 2005, 203-216.

Erman, Sahir/Özek, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1994.

Erol, Yasemin: Yapay Dölllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik, Ankara: Yetkin, 2012.

Ertuğrul, Hüseyin: Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme Suçu, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 6, S. 2, Temmuz 2016, s. 361-386.

Eser, Albin: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, München, 29. Auflage 2014.

Eser, Albin/Koch, Hans-Georg: Schwangerschaftsabbruch und Recht: Vom internationalen Vergleich zur Rechtspolitik, Nomos Verlag, 2003.

Gazi Üniversitesi Uygulama ve Araştırma Merkezi Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, C. 1, Seçkin, Ankara, Ekim 2012.

Gensler, Harry J.: Bazı Etik Kuralları Normları Işığında Kürtaj, Çev. Muhammed Enes Kala, DEÜİFD, XXXII/2010, s. 235-241.

Gerçekler, Hasan: Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 1, Ankara, Ütopya Grafik, 2011.

Gülşen, Recep: V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sempozyum Kitabı, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 1209-1228.

Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku (5. Baskı), Ankara, Seçkin, 2012.

Kanbur, Nihat: V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sempozyum Kitabı, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 1229-1258.

Kitapçioğlu, Tülay: Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme Suçu, MÜHF-HAD, C. 18, S.1, s. 307-308.

Kızıroğlu Keskin, Serap: Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, İstanbul, Pasifik Ofset, 2013, s. 165-190.

Kühl, Kristian: Lackner/Kühl StGB Kommentar, 28. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2014.

Özdemir, B./Celbiş, O./İris, M./Üzün, İ.: Doğumla Sonuçlanan Baba-Kız Ensesti: Olgu Sunumu, İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 2012;19(1), 30-32.

Özen, Mustafa: Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları, THD, Ocak 2007, S. 5, s. 97-101.

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (11. Bası), Ankara, Seçkin, 2015.

Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer: Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2, Ankara, Yayın Matbaacılık, Şubat 2007.

Reinhard, Merkel: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Auflage, 2013.

Strohner, Sandra: Die Strafbarkeit der schwangeren Frau beim Schwangerschaftabbruch, Hamburg, Kovac, Dr. Verlag; 2013.

Şafak, Ayşe Aydın: Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması, Güncel Hukuk, 2012/7, s. 38 vd.

Tezcan Durmuş/ Erdem Ruhan/ Önok Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. bs., Ankara, Seçkin, Temmuz 2012.

Ünver, Y. (2005). Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul: Nobel Tıp Kitabevleri, s. 86-118.

Wessels, Johannes/Hettinger, Michael: Strafrecht Besonderer Teil 1, C.F. Müller, 35. Auflage.

Yılmaz, Halil: Çocuk Öldürme (Çocuk Düşürme/Düşürtme) Suçu, Ankara Barosu Dergisi, 2001-2, s. 69-88.

Yenisey, Feridun/Oktar, Salih: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozessordnung (StPO), 2. Bası, Beta, İstanbul, 2015.

Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried: Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), İstanbul, Beta, 2009.

Zafer, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta, Şubat 2015.

<http://www.haberturk.com/gundem/haber/805515-bakan-sahinden-ozel-not>, (Erişim tarihi: 31.08.2015).

<http://www.haberturk.com/gundem/haber/775713-tecavuz-bebegine-kurtaj-mahkeme-kararini-bekliyor> (Erişim tarihi:28.08.2015).

<http://www.haberturk.com/polemik/haber/772715-her-kosulda-kurtaj-olmak-istiyor> (Erişim tarihi: 30.08.2015).

<http://www.evrensel.net/haber/36328/tecavuz-gebeliklerinde-caresiz-degiliz> (Erişim tarihi: 31.08.2015).

<http://www.evrensel.net/yazi/35955/tecavuz-tumoru> (Erişim tarihi: 30.08.2015).

<http://www.hekimedya.org/index.php/temalar/30-kadin/1371-ttb-li-kadnlar-qcinsel-saldr-sonucu-oluan-gebelikler-ve-kuertajq-caltaynda-bulut.html> (Erişim tarihi: 31.08.2015).

https://beck-online.beck.de/default.aspx?vpath=bibdata/komm/BeckOK_StR_27/StGB/cont/beckok.StGB.p218a.gIB.htm (Erişim Tarihi: 03.09.2015).

<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/7/7-10553sgc.pdf> (Erişim tarihi: 22.08.2015).

<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/7/7-14859sgc.pdf> (Erişim tarihi: 22.08.2015).

<http://haber.gazetevatan.com/o-hamilelik-sonlandirilacak/501154/1/Haber>, (Erişim tarihi: 03.09.2015).

<http://www.milliyet.com.tr/spermci-profesore---yil-hapsi-yargitayonadi/turkiye/sondakikaarsiv/23.10.2009/1153854/default.htm> (Erişim tarihi:03.09.2015).

<http://magazin.milliyet.com.tr/kendi-spermini-vermis-/yasam/magazindetay/15.11.2009/1162068/default.htm> (Erişim tarihi: 03.09.2015).

<http://www.jinekoloji.net/menometroraji2.html> (Erişim tarihi: 04.09.2015).

<http://saglik.sozlugu.org/indication/> (Erişim tarihi:30.08.2015).