

## ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇUNDA MAĞDURUN KİM OLDUĞU SORUNU VE CENİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

*The Problem of Who is the Victim in the Offence of Miscarriage  
and the Legal Nature of the Foetus*

Fulya KORKMAZ\*

### Özet

Çocuk düşürme suçu öteden beri pek çok yönden tartışılmaktadır. Ancak bu çalışmada söz konusu suç tüm yönleriyle değil, tartışmaların en çok yoğunlaştığı mağdurun belirlenmesine ilişkin sorunlar yönünden ele alınmıştır. Çocuk düşürme suçu Türk Ceza Kanunu'nun "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısımında düzenlenmiştir. Oysaki bu suçun maddî konusunu oluşturan "cenin" henüz bir "kişi" veya "insan" niteliğini kazanmış bir varlık değildir. Öte yandan, bu suçun faili bizzat gebe kadının kendisidir. İnsanın kişiliği aynı anda bir suçun hem faili hem de mağduru olmak biçiminde ikiye bölünemeyeceğinden, gebe kadını bu suçun mağduru olarak kabul etmek mümkün değildir. Ne var ki kanun koyucu çocuk düşürme suçunu "Topluma Karşı Suçlar" kapsamında değil de "Kişilere Karşı Suçlar" kapsamında düzenlemek suretiyle, bu suçta mağdurun belirli bir kişi olmasını öngörmüştür. Şu hâlde çocuk düşürme suçunun mağduru kimdir sorusu karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada ceninin hukukî niteliğine yönelik çeşitli yaklaşımlar ele alınarak Türk Ceza Kanunu'nda buna ilişkin hangi yaklaşımın benimsendiği ve çocuk düşürme suçunda mağdurun kim olduğu tespit edilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Çocuk düşürme, mağdur, çocuk düşürme suçunda mağdurun belirlenmesi, cenin, ceninin hukukî niteliği

### Abstract

The offence of miscarriage has long been discussed from many aspects. However, in this study, this crime is discussed not in all aspects, but in terms of the problems related to the determination of the victim, where the discussions are the most focused. The offence of miscarriage is regulated in the Second Part of the Turkish Penal Code titled "Offences Against Persons". However, the "foetus", which constitutes the material subject of this offence, is not yet a "person" or an entity that has acquired the characteristics of a "human being". On the other hand, the perpetrator of this offence is the pregnant woman herself. Since the personality of a human being cannot be divided into two as being both the perpetrator and the victim of a crime at the same time, it is not possible to accept the pregnant woman as the victim of this crime. However, by regulating the crime of miscarriage within the scope of "Crimes Against Persons" rather than "Crimes Against Society", the legislator envisaged that the victim of this crime should be a specific person. In this case, the question of who is the victim of the crime of miscarriage arises. In this study, various approaches

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 10.06.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.07.2024

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, [fulyakorkmaz\\_88@hotmail.com](mailto:fulyakorkmaz_88@hotmail.com), <https://orcid.org/0000-0002-5800-9812>.

to the legal nature of the foetus are discussed and it is tried to determine which approach about foetus is adopted in the Turkish Penal Code and who is the victim in the crime of miscarriage.

**Key Words:** Miscarriage, victim, determination of the victim in the offence of miscarriage, foetus, legal nature of the foetus

## GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) “*Kişilere Karşı Suçlar*” için ayrılan İkinci Kısımının “*Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma*” başlıklı Beşinci Bölümünde sırasıyla; çocuk düşürtme (m. 99)<sup>1</sup>, çocuk düşürme (m. 100)<sup>2</sup> ve kısırlaştırma (m. 101)<sup>3</sup> suçları düzenlenmiştir. Çocuk düşürtme ve düşürme suçlarını düzenleyen hükümlerin incelenmesinden anlaşılmaktadır ki; gebelik süresi on haftayı aşmayan bir kadının gebeliğini kendisinin sonlandırması veya on haftayı aşmayan gebeliğin kadının rızasıyla yetkili bir üçüncü kişi tarafından sonlandırılması hukuka uygundur.<sup>4</sup> Buna karşılık tıbbî zorunluluk bulunmamasına rağmen, rızayla bile olsa, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürtmek (m. 99/2) ve gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu kendi isteğiyle düşürmesi (m. 100) suç teşkil etmektedir.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> TCK m. 99: “(1) Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. (3) Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (4) İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (5) Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur. (6) Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.”

<sup>2</sup> TCK m.100: “(1) Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”

<sup>3</sup> TCK m. 101: “(1) Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılır. (2) Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

<sup>4</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem and Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (Seçkin Yay. 2022) 372

<sup>5</sup> Kanun koyucunun suçun cezası yönünden gebelik süresinin 11. haftası ile 40. haftası arasında bir fark gözetmemiş olması öğretide eleştirilmiştir. (Bkz. Mustafa Özen, ‘Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (2007) (5) THD 97, 101)

Ne var ki TCK m. 99/6'da kadının mağduru olduğu bir suçun sonucunda gebe kalması hâlinde, gebelik süresinin yirmi haftayı aşmaması ve kadının da rızasının bulunması koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmeyeceği belirtilmiştir. Ancak bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekmektedir. Bununla beraber, Kanunda mağduru olduğu suçun sonucunda gebe kalan kadının yirmi haftayı aşmayan gebeliğini kendisinin sonlandırması hâlinde cezalandırılmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, bazı yazarlar bu durumda da fiilin suç teşkil edeceğini düşünmektedir.<sup>6</sup> Fakat böyle bir durumda şeref ve haysiyeti tehdit eden bir tehlikenin varlığını kabul etmek gerektiğini düşünen diğer bazı yazarlar, zorunluluk hâli nedeniyle burada herhangi bir suçtan söz edilemeyeceğini ifade etmektedir.<sup>7</sup>

Gebeliğin sonlandırılmasına yönelik esas düzenleme 27.05.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da (NPHK) yer almaktadır. İlgili Kanunun 2. maddesinin son paragrafında, burada öngörülen hâller dışında gebeliğin sona erdirilemeyeceği ve strelizasyon ve kastrasyon ameliyesi yapılamayacağı belirtilmiştir. Yine anılan Kanunun 5. maddesine göre gebeliğin sona erdirilmesinin koşulları şunlardır:

*“Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.*

*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.”<sup>8</sup>*

Belirtilmelidir ki, 1983 tarihli NPHK'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte Türkiye'de gebeliğin sona erdirilmesi ve çocuk düşürme bakımından “süre modeli”

<sup>6</sup> Veli Özer Özbek, Koray Doğan and Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Seçkin Yay. 2022) 323

<sup>7</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. Sulhi Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler (Fakülteler Mat. 1991) 176-177

<sup>8</sup> Maddenin devamı şu şekildedir:

*“Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur.*

*Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak yönetmelikte belirtilir.”*



ile “endikasyon modeli” benimsenmiştir.<sup>9</sup> Oysa bundan evvel yürürlükte bulunan 10.04.1965 tarihli (yürürlük tarihi) 557 sayılı NPHK’de gebeliğin ancak tıbbî zorunluluk bulunması hâlinde sonlandırılabilceği düzenlenmişti.<sup>10</sup> Dolayısıyla gebeliğin isteğe bağlı olarak belirli bir süre içerisinde sonlandırılabilmesi 1983 tarihli NPHK’nin yürürlüğe girmesiyle söz konusu olabilmıştır.<sup>11</sup> Nitekim bunun önemli bir sonucu olarak, o dönem yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK’de çocuk düşürme ve düşürtme fiillerine ilişkin birtakım değişikliklerin yapılması gerekli hâle gelmiştir. Bu kapsamda bazı fiiller suç olmaktan çıkarılmış, ilgili suçların düzenlendiği dokuzuncu babın dördüncü faslının başlığı “*ırkın tümlüğü ve sağlığı aleyhine cürümler*” iken, yapılan değişiklikle “*çocuk düşürme ve düşürtme cürümleri*” başlığı tercih edilmiştir.<sup>12</sup>

Mülga 765 sayılı TCK’nin ilk hâlinde de benzer şekilde “*kasten çocuk düşürmek ve düşürtmek*” başlığı kullanılmıştı<sup>13</sup>; ancak bu başlık 1936 yılında 3038 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle “*ırkın tümlüğü ve sağlığı aleyhine cürümler*” olarak değiştirilmişti.<sup>14</sup> Bu itibarla 1983 tarihli NPHK’nin yürürlüğe girmesiyle, 765 sayılı TCK’nin yürürlüğe girdiği ilk hâlineki benzer bir başlığa geri dönmüştür. Esasen 765 sayılı TCK’deki bu değişiklikle çocuk düşürtme ve düşürme fiillerine

<sup>9</sup> Erdener Yurtcan, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması (Kazancı Hukuk Yay. 1990) 73  
Belirtilen bu modelleri açıklamak gerekirse; on haftaya kadar olan gebeliklerde rızaya dayalı kürtaj bakımından süre modeli, on haftayı aşan gebeliklerde tıbbî zorunluluğun bulunması hâlinde tıbbî endikasyon modeli, gebeliğin doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hâllerde embriyopatik endikasyon modeli uygulanmaktadır. Bunun yanı sıra, TCK’de yer alan bugünkü düzenlemeler karşısında, kadının mağduru olduğu bir suç nedeniyle gebeliğin sonlandırılmasında ise kriminolojik endikasyon modeli uygulama alanı bulmaktadır. (Dilek Özge Erdem, ‘Çocuk Düşürtme Düzenlemesi’ (2016) 65 (4) AÜHFD 1637, 1640)

<sup>10</sup> Söz konusu Kanunun 3. maddesine göre; “*Gebeliğin ana hayatını tehdit ettiği veya edeceği, rüşeymin veya ceninin normal gelişmesini imkânsız kılan veya doğacak çocuk ile onu takibedecek nesiller için ağır maluliyet sebebi teşkil edecek hallerde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığının yetkili kılacağı kurumların objektif arazlara dayanan gerekçeli raporları üzerine rahim tahliye edilebilir. Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdideden âcil hallerde, durumu tesbit eden yetkili hekim tarafından da gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilebilir.*

*Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan evvel veya mümkün olmadığı ahvalde en geç yirmidört saat içinde yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde Sağlık ve Sosyal Yardım müdürlüklerine, ilçelerde Hükümet tabipliklerine bildirmeye mecburdur.*

*Müdahale yoluyla rahmin tahliyesiyle ilgili esaslar, hastalıklar, tahliyenin yapılabileceği yer ve kurumlar ile âcil hallerin nelerden ibaret bulunduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir tüzikle düzenlenir.”*

<sup>11</sup> Tuğrul Katoğlu, ‘Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması’ Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan içinde (2004) 2 GÜHFD 269, 280; Türkân Yalçın Sancar, Türk Ceza Hukukunda Kadın (Seçkin Yay. 2013) 233

<sup>12</sup> Yurtcan (n 9) 73

<sup>13</sup> Bkz. <[https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400765.pdf](https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400765.pdf)> erişim tarihi 05.05.2024

<sup>14</sup> Erdem (n 9) 1645

olan yaklaşımının olumlu yönde değiştiğini<sup>15</sup> ve bu son yaklaşımın yürürlükteki TCK’de de benimsendiğini ifade etmek mümkündür. Ne var ki söz konusu suçlar hâlen yoğun tartışmalara konu olmaya devam etmektedir. Bu tartışmalardan biri ve belki de en önemlisi ceninin ceza hukukundaki statüsüdür; yani insan olarak kabul edilip edilmeyeceği meselesidir. Bu elbette salt ceza hukukunu ilgilendiren bir sorun değildir; hukukun her dalında ele alınan, hatta kişilik ve hak ehliyeti tartışmaları bakımından Türk Medeni Kanunu’nda (TMK) ayrı bir düzenleme alanı bulan bir konudur.<sup>16</sup> Nitekim TMK m. 28’e göre çocuk, sağ doğmak koşuluyla, hak ehliyetini ana rahmine düştüğü andan itibaren elde eder. Bu itibarla medeni hukuk bakımından çocuk hak ehliyetini tam ve sağ doğduğu anda, yani kişi hâline geldiği anda geçmişe etkili olarak kazanır.<sup>17</sup>

Ceza hukuku bakımından ceninin niteliği fiilin hukukî niteliğini etkileyebilen ve bu nedenle de çözüme kavuşturulması gereken önemli bir sorundur. Şöyle ki ceninin insan kavramına dâhil olduğu düşünülürse, bunun aynı zamanda insan öldürme suçunun maddî konusunu oluşturabileceği sonucuna varılır ve ceninin düşürülmesine ilişkin fiillerin bir kısmı insan öldürme suçuna vücut verir. Fakat -birazdan detaylı olarak açıklanacağı üzere- TCK’ye göre insan olma niteliği sağ ve tam doğumla kazanılır.<sup>18</sup> Dolayısıyla Türk ceza hukuku bakımından cenin, anadan tamamen ayrıldıktan sonra, yani doğum tamamlandığında “insan” niteliğini haiz hâle gelir.<sup>19</sup>

Öte yandan insan olma niteliğini kazanmadan önce, cenine veya embriyoya yönelik gerçekleştirilen bazı fiiller çocuk düşürtme ve düşürme suçları kapsamında cezalandırılmaktadır. Keza gebe kadına karşı gerçekleştirilen öldürme ve yaralama fiilleri için daha ağır bir ceza öngörülmektedir.<sup>20</sup> Şu hâlde yalnızca insan değil, gebelik ürünü varlık da ceza kanunu tarafından himaye edilmektedir.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> Nitekim o dönemde “ırkın tümlüğü ve sağlığı aleyhine cürümler” başlığı ile kanun koyucunun milletin bütünlüğünü, çoğalma gücünü korumayı amaç edindiğini açıkça beyan ettiği ifade edilmiştir. (Bkz. Sulhi Dönmez, ‘Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü’ (2011) 50 (1-4) Journal of Istanbul University Law Faculty 3, 7-8)

<sup>16</sup> TMK m. 28: “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.*” TMK m. 427: “*Vesayet makamı, yönetimi kimseye ait olmayan mallar için gereken önlemleri alır ve özellikle aşağıdaki hâllerde bir yönetim kayyımı atar:*

.....3. *Bir terekede mirasçılık hakları henüz belli değilse veya ceninin menfaatleri gerekli kılarsa,*” TMK m. 582: “*Cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur. Ölü doğan çocuk mirasçı olamaz.*” TMK m. 643: “*Mirasın açıldığı tarihte, mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşma doğumuna kadar ertelenir.*

*Ana muhtaç ise, doğuma kadar geçim giderlerinin terekeden sağlanmasını isteyebilir.*”

<sup>17</sup> Leyla Müjde Kurt, ‘Cenin Malvarlığı Hakları’ (2011) 2 (1) İÜHFD 177, 180-181

<sup>18</sup> Güneş Okuyucu Ergün, ‘Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı İşlenen Kasten Öldürme Suçuna İlişkin Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler’ (2015) II Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan içinde 821, 829

<sup>19</sup> Nevzat Toroslu and Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım (Savaş Yay. 2021) 25

<sup>20</sup> Okuyucu Ergün, ‘Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı’ (n 18) 830

<sup>21</sup> Nevzat Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu (Savaş Yay. 2019) 335



Bu çalışmada TCK m. 100’de düzenlenen “çocuk düşürme” suçu mağdurun belirlenmesine ilişkin sorunlar bakımından inceleme konusu yapılmıştır. Öncelikle, her nasıl ki biçimsel kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak kanuni tipte cezaî yönden meşru olanla olmayanın açık ve kesin bir biçimde belirlenebilir olması gerekiyorsa<sup>22</sup>, aynı şekilde suçun failinin kim olduğunun da hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde belirlenebilir olması gerekir. Aslında buna suçun mağdurunu da eklemek gerekir. Gerçekten de suçların düzenlendiği yer itibarıyla mağdurun şüpheye yer vermeyecek bir biçimde belirlenebilir olması, suç genel teorisine ilişkin birçok meselenin doğru bir biçimde çözülmesini sağlar. Zira ceza hukukunda mağdur kavramı; suçun özel kurucu unsurları, arızı unsurları, cezasızlık nedenleri gibi pek çok kuruma ilişkin önemli sonuçlar doğurur.<sup>23</sup> Zincirleme suç hükümlerinin uygulanması yönünden de mağdurun belirlenmesi oldukça önemlidir. Ancak çocuk düşürme suçunda mağdurun kim olduğu hususu söz konusu suçun düzenlendiği yer itibarıyla tereddütlere yol açmakta ve bu durum ceninin ceza hukuku bakımından niteliğini ele almayı gerekli kılmaktadır.

## I. ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇUNA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

TCK m. 100’e göre; “*gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükümlenir.*” Bu itibarla, çocuk düşürme suçu “gebe kadının bizzat kendisi”<sup>24</sup> tarafından işlenebilen bir özgü suçtur.<sup>25</sup> Eğer ki gebe kadın dışında bir başkası çocuğun düşürülmesine yönelik davranışlarda bulunursa, fiil TCK m. 99’da düzenlenen çocuk düşürtme suçuna vücut verebilir. Bu noktada belirtilmelidir ki TCK’de “çocuk” kavramı tercih edilmiş olmasına rağmen, aynı Kanununun 6. maddesinin (b) bendinde çocuk; “*henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi*” olarak tanımlanmıştır.<sup>26</sup> Öyleyse TCK bakımından çocuk bir “insan” ve “kişi” niteliğini haiz bir varlıktır. Hâlbuki çocuk düşürme suçu bakımından henüz “kişi” niteliğini kazanmış bir varlıktan söz etmek mümkün değildir. Burada esasen “çocuk” ibaresiyle kastedilen tıbbî tabiriyle “cenin”dir.<sup>27</sup> Bu nedenle kanun koyucunun madde başlığına ilişkin bu

<sup>22</sup> Nevzat Toroslu and Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (Savaş Yay. 2023) 58; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Güneş Okuyucu Ergün, *Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi* (Yetkin Yay. 2023) 75 vd.

<sup>23</sup> Tuğrul Katoğlu, ‘*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*’ (2012) 61 (2) AÜHFD 657, 658

<sup>24</sup> Özbek, Doğan and Bacaksız (n 6) 322

<sup>25</sup> Serap Keskin Kızıroğlu, ‘*Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*’ (2013) MÜHFD Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan içinde 165, 184; Zeki Hafizoğulları and Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (US-A Yay. 2022) 147. Çocuk düşürme suçunda failin sıfatının doğal niteliğe, yani cinsiyete dayandığı yönünde bkz. Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin Yay. 2022) 528

<sup>26</sup> Hakan Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (Seçkin Yay. 2023) 220

<sup>27</sup> Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı* (n 7) 174; ibid

tercihi eleştirilmiş, söz konusu seçimin suçun tanımı bakımından doğru olmadığı değerlendirilmiştir.<sup>28</sup>

Çocuk düşürme suçunda korunan hukukî varlık veya menfaatin ne olduğu da oldukça tartışmalıdır.<sup>29</sup> Kimi yazarlar bu suç ile ceninin gelecekteki yaşam hakkının korunduğunu savunurken<sup>30</sup>, kimileri devletin nüfus politikasının korunduğunu düşünmektedir.<sup>31</sup> Hatta gebe kadının sağlığının korunduğunu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır.<sup>32</sup> Belirtelim ki söz konusu suç hukukî konu değil de maddî unsur esas alınarak TCK'de “Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma” başlığı altında düzenlendiğinden, kanun koyucunun hangi varlığın veya menfaatin korunmasına üstünlük tanıdığını buradan tespit etmek mümkün değildir.<sup>33</sup> Bununla beraber buradaki esas sorun, anılan suçun “Kişilere Karşı Suçlar” kısmında düzenlenmiş olmasıdır; çünkü cenin bir kişi olarak kabul edilemeyeceğinden<sup>34</sup> bir varlık veya menfaatin sahibi ya da hamili olarak değerlendirilemez. İşte bu noktada söz konusu suçun mağduru kim olabilir sorusu karşımıza çıkmaktadır. Aşağıda bu konu detaylı olarak ele alınacağından burada suça ilişkin diğer bazı bilgilere yer verilecektir.

Her şeyden önce çocuk düşürme suçunda davranışın ön şartı kadının on haftadan fazla gebe olmasıdır.<sup>35</sup> Kanunda çocuk düşürmenin hangi araçlarla veya davranışla

<sup>28</sup> Bkz. Burcu Dönmez, ‘TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu, Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşam Hakkının Sınırlandırılması’ (2007) 9 (2) DEÜHFD 99, 106

<sup>29</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Erman and Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK 449-490) Sahir Erman (Dünya Yay. 1994) 187 vd.

<sup>30</sup> Keskin Kiziroğlu (n 25) 184; Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kiziroğlu, Ali Kemal Yıldız, Pınar Memiş Kartal, Sinan Altunç, Gülşah Bostancı Bozbayındır, Barış Erman, Fulya Eroğlu Erman, Gülşah Kurt and Hasan Sınar, Özel Ceza Hukuku (C. II Kişilere Karşı Suçlar On İki Levha 2017) 448; Tezcan, Erdem and Önok (n 4) 373; Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Adalet Yay. 2022) 347; Salih Oktar, Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları (Oniki Levha Yay. 2016) 232; Berrin Akbulut and Ola Raheem Kareem, ‘Türk Ceza Kanunu ve Irak Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (2018) 13 (37) CHD 11, 41; Aylin Kul, ‘Türk Ceza Hukuku’nda Çocuk Düşürme Suçu’nun Tartışmalı Yönleriyle İncelenmesi’ (2018) 4 (7) BÜHFD (Prof. Dr. Erol Cihan Armağanı C. I içinde) 85, 87

<sup>31</sup> Yurtcan (n 9) 45

<sup>32</sup> Bkz. Özbek, Doğan and Bacaksız (n 6) 322

<sup>33</sup> Hukukî konunun belirlenmesi ve belirli bir kategoriye sokulması, “üstünlük” kriterine göre gerçekleştirilir. Bu konuda hükmü verecek olan kanun koyucudur. Zira kanun koyucu muhtelif hukukî konular arasından tipik fiil bakımından daha önemli, daha karakteristik olanı, ayrıca fiilin hukukî mahiyetine daha uygun olanı tercih etmek suretiyle, normun üstün gayesini tespit eder. Bkz. Toroslu, Cürümlerin Tasnifi (n 21) 284

<sup>34</sup> Çoğul gebelikler bakımından diğer fetüs veya embriyoları kurtarmak amacıyla yapılan müdahaleleri başkası lehine zaruret hâli kapsamında değerlendirmenin mümkün olmadığına, zira gerek embriyonun gerek ceninin hukuken kişi ve dolayısıyla “başkası” olarak kabul edilemeyeceğine yönelik değerlendirme için bkz. Katoğlu, ‘Çoğul Gebelikler’ (n 11) 284

<sup>35</sup> Bazı suçların varlığı bakımından gerekli olan ve suç fiilinden önce gelen, ondan bağımsız olan fiilî ve hukukî unsurların “davranışın ön şartları” olarak ifade edilmesinin daha doğru olduğu; bu unsurların failin davranışından bağımsız olmakla beraber suç olarak öngörülen fiile yabancı olmadıkları, bu itibarla suç yapısına dâhil olan asli unsurlar oldukları yönünde bkz. Toroslu and Toroslu,

gerçekleştirilebileceği belirtilmediğine göre, söz konusu suç çocuk düşürmeye elverişli her türlü davranışla işlenebilir.<sup>36</sup>

Yargıtay geçmişte bir kararında rahme kibrit sokulmasından ibaret olan davranışın çocuk düşürme fiili bakımından elverişli olup olmadığına araştırılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>37</sup> Nitekim çocuk düşürme olaylarında rahimden çıkan varlığın cenin olup olmadığına tespit edilmesi oldukça önemlidir; örneğin rahimden çıkanın ur olması hâlinde fiil suç teşkil etmeyecektir.<sup>38</sup>

Çocuk düşürmeye yönelik davranışın gerçekleşmesinden önce ceninin hayatını kaybetmesi hâlinde fiil çocuk düşürme suçunu oluşturmaz; fakat çocuk düşürmeye yönelik davranışın sonucunda, ceninin yaşam için yeterli olgunluğa ulaşmaması nedeniyle ölmesi hâlinde fiil çocuk düşürme suçunu oluşturur.<sup>39</sup> Belirtilmelidir ki Yargıtay, yaşama yeteneği bulunan yedi aylık çocuğun rahimden tahliye edilmesi olayında, hem çocuk düşürme hem de insan öldürme suçundan dolayı ceza verilmesini -yerinde olarak- hukuka aykırı bulmuş ve burada yalnızca çocuk düşürme suçunun gerçekleştiğini kabul etmiştir.<sup>40</sup>

Öğretide bir anlayış «çocuk düşürme» olarak ifade edilen bu suçun «ceninin öldürülmesi» şeklinde adlandırılmasının daha isabetli olacağını savunmuştur. Zira buna göre çocuk düşürme suçunun maddî unsuru bakımından önemli olan öncelikle bir gebeliğin varlığı ve ardından da ister rahmin içinde ister dışında meydana gelsin; ceninin ölmesidir. Öte yandan bu suçun gerçekleşebilmesi için ceninin ölmesini gerekli olmadığını, zamanından önce zorla dışarıya atılmasının yeterli olduğunu savunan bir başka anlayış da bulunmaktadır.<sup>41</sup> Esasen her ikisi arasındaki fark ceninin düştüğü fakat ölmediği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki ilk anlayışa göre çocuk düşürmeye yönelik davranışın sonucunda cenin ölmezse suç

---

Genel Kısım (n 22) 131. Ne var ki genel olarak yazarlar burada “suçun ön şartı” kavramını tercih etmişlerdir. (Bkz. Faruk Erem, ‘Çocuk Düşürme’ (1958) Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hâtırasına Armağan içinde 307, 311; Erman and Özek (n 29) 208; Katoğlu, ‘Çoğul Gebelikler’ (n 11) 282) “Çocuk düşürme suçunun oluşumu için gebelik süresinin 10 haftadan fazla olması gerektiği, dosya kapsamı, doktor raporları, taraf beyanları ve sanık savunmasına göre gebeliğin 10. haftadan sonra sonlandığına dair delil bulunmadığı, sanığın üzerine atılı suçu işlediğine dair cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,” Yargıtay 9 CD 18455/7329, 04.07.2022 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi 22.03.2024

<sup>36</sup> Doktrinde suçun ihmalle de işlenebileceği şöyle bir örnekle ifade edilmiştir; “hamileliğini yatakta geçirmesi kendisine tavsiye edilen bir kadının, hekim sözü dinlemeyerek, çocuğun düşmesini sağlaması halinde, çocuk düşürme fiili ihmali davranışla işlenmiş olmaktadır.” Bkz. Hafizoğulları and Özen (n 25) 147

<sup>37</sup> Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı (n 7) 172-173. Benzer şekilde tuz, soda, patlıcan sapı da bu kapsamda kararlara konu olmuştur. Bkz. Yurtcan (n 9) 75

<sup>38</sup> Bkz. Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı (n 7)174; Yurtcan (n 9) 76

<sup>39</sup> Erem (n 35) 309

<sup>40</sup> Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı (n 7) 175

<sup>41</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. Erem (n 35) 309-310



teşebbüs aşamasında kalmış sayılır. Hâlbuki diğerine göre ceninin ölmesi gerekli olmadığından yalnızca rahimden tahliye edilmiş olması suçun tamamlanması bakımından yeterlidir.<sup>42</sup> Ancak TCK m. 100'deki düzenleme ilk anlayışı yansıtmakta, çocuk düşürmeye yönelik davranışın sonucunda ceninin ölmesini öngörmektedir. Bize göre burada tartışılması gereken esas mesele; vaktinden önce doğan çocuğun ileride sağlık sorunları yaşaması muhtemel olacağından, suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü hâlinde verilecek cezanın tatmin edici olmayacak olmasıdır.<sup>43</sup>

Çocuk düşürme suçunun manevî unsuru bakımından belirtilmelidir ki, söz konusu suç kasten işlenebilen bir suçtur. Bu itibarla tedbirsizlik sonucu alınan ilaçların tesiriyle çocuk düşüren kadının fiili suç teşkil etmez.<sup>44</sup> Bununla beraber suçun olası kastla da işlenmesi mümkün değildir; çünkü Kanunda yer alan "...kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi..." ifadesiyle isteme unsurunun doğrudan neticeyi de kapsaması gerektiği anlaşılmaktadır.<sup>45</sup> Şu hâlde bu suç yalnızca doğrudan kastla işlenebilir.

İntihar etmeyi düşünen gebe kadının bu yöndeki girişiminin ölümle sonuçlanmaması ancak ceninin düşmesine neden olması hâlinde sorumluluğun ne olacağı da tartışılan bir mesele olmuştur. Öğretide kimi yazarlar bu suçun olası kastla işlenemeyeceğinden hareketle böyle bir durumda gebe kadının cezaî sorumluluğunun bulunmayacağı düşüncesindedir.<sup>46</sup> Ancak bize göre burada doğrudan kast söz konusudur; zira gebe kadının intiharı hâlinde ceninin düşmesi, gerçekleşmesi muhakkak olan bir neticedir. Nitekim fail tarafından doğrudan hedeflenen neticeler ile zorunlu bir bağlantı içerisinde olan ve hareketin yapıldığı anda işlenmek istenen suçun gerçekleşebilmesi için ortaya çıkması muhakkak gözükken neticelerin doğrudan kast kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir.<sup>47</sup> Ne var ki öğretide kastın niteliği ne olursa olsun intiharı göze alıp hayatına son vermek isteyen gebe kadını cezalandırmanın suç politikası açısından ne ölçüde uygun olabileceği hususunun tartışılması gerektiği belirtilmiştir.<sup>48</sup>

Sonuç itibarıyla doğrudan kastın arandığı bu suç yönünden; gebe kadın gebelik süresinin on haftayı aştığını, gerçekleştirdiği davranışın çocuk düşürmeye yönelik olduğunu ve bunun neticesinde çocuğunu düşüreceğini biliyor ve tüm bunları istiyorsa kasıtlıdır.<sup>49</sup>

<sup>42</sup> ibid 310

<sup>43</sup> Bu durumda Erem'e göre; "Yaşasa bile zamanından evvel doğmuş olmak çocuğun ilerdeki fizyolojik ve hattâ ruhi hayatı üzerinde bazen vahim tesirler doğurur. Bu neticelerin vahametini nazaran teşebbüs halinde kalan suçta verilecek cezanın kifayetsizliği kabul olunursa ikinci nazariye, aksi takdirde birinci nazariye tatmin edici sayılabilir." Bkz. ibid

<sup>44</sup> Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı (n 7) 176

<sup>45</sup> Özbek, Doğan and Bacaksız (n 6) 324

<sup>46</sup> Bkz. ibid

<sup>47</sup> Bkz. Toroslu and Toroslu, Genel Kısım (n 22) 221-222

<sup>48</sup> Bkz. Ayhan Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar (Filiz Kit. 1994) 185

<sup>49</sup> Erman and Özek (n 29) 209

## II. İNSAN OLMA NİTELİĞİNİN BAŞLANGICI VE CENİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNE YÖNELİK TARTIŞMALAR

İnsan varlığının korunmasının kapsamı ve sınırları sorunu ile bununla ilgili olarak ortaya çıkan yasal tercihler; insanı anlama biçimine, insanın kendisini ve kendi kimliğini kavramasına ilişkin temel meselelere bağlıdır.<sup>50</sup> Bu konuda faydacı ve bireyci olarak ifade edilen iki temel anlayış daimî çatışma içerisinde. Faydacı anlayış insana adeta bir şey olarak, kütle olarak, bir araç olarak veya kişisel olmayan amaçlar için araç hâline getirilmiş bir varlık olarak yaklaşırken; bireyci anlayış insana bir değer olarak, bir kişi olarak, bir amaç olarak, tabii haklara sahip bir özne olarak ve bu nedenle de kişisel olmayan çıkarlar için araç hâline getirilemeyecek bir varlık olarak yaklaşmaktadır. Bireyci anlayışa göre iyi ile ortak iyi hiçbir zaman çatışmaz, aksine bunlar birbiriyle örtüşür; kişiye saygı ve destek tüm bireylerin ve hatta toplumun ortak amacıdır.<sup>51</sup> Öte yandan bu anlayış, kişiye yönelik müdahalelerin hukuka uygunluğuna ilişkin olarak iki mutlak sınırın varlığından söz eder. Bunlar her şeyden önce hayatın, fiziksel bütünlüğün, sağlığın, insan onurunun, eşitliğin ve insan haysiyetinin eşit korunmasına yönelik ilkelerle belirlenen objektif sınırlar ve ardından da süjenin rızasıyla belirlenebilen subjektif sınırlardır.<sup>52</sup>

Bireyci ve faydacı anlayış insan kavramını, insanın ve insan cesedinin cezaî hi-mayesi bakımından da insan olma niteliğinin başlangıcına ve sonuna ilişkin temel sorunları ele almıştır. Elbette bu gibi hayatî öneme sahip konularda hukukçunun görevi yalnızca bugünü anlamak değildir; biyomedikal alanındaki gelişmeler geleceği dönüştürme eğiliminde olduğundan, aynı zamanda geleceği plânlamaktadır. Bireyci anlayışın en önemli sonucu insan kavramına yalnızca geleneksel anlamdaki insanı değil, aynı zamanda insan yaşamının gerçek organizması olan (potansiyel değil) cenini ve insan benzeri varlığı da dâhil etmesidir.<sup>53</sup> İşte tam da bu noktada ceninin niteliğinin ne olduğu sorunu karşımıza çıkmaktadır. Bu konuya ilişkin iki temel tartışma göze çarpmaktadır: Cenin insan varlığına mı, yoksa eşya kavramına mı dâhildir; hukukun öznesi mi, yoksa nesnesi midir? Bu sorular karşısında üç farklı çözüm önerilmiş ve hatta benimsenmiştir. Bunlardan ilkinde göre ceninle doğmuş kişi arasında mutlak bir fark bulunmaktadır; ceninin bir özne olarak doğrudan korunması söz konusu değildir. Cenin insan vücudunun diğer kısımlarına veya nesnelere ilişkin hukukî rejime tabi tutulur, bu da onu diğer hakların (örneğin anneye ait olanların) nesnesi hâline getirir. Esasen bu yaklaşımda cenin eşyadan farksızdır.<sup>54</sup>

Bu konudaki ikinci yaklaşım ise cenini insanla tamamen eşitler.<sup>55</sup> Buna göre cenin doğmuş kişiyle aynı özün ve haysiyetin hamili olarak; hayat, kişilik, sağlık,

<sup>50</sup> Ferrando Mantovani, *Diritto Penale Parte Speciale I Delitti Contro la Persona* (Cedam 2005) 2

<sup>51</sup> *ibid* 2

<sup>52</sup> *ibid* 3

<sup>53</sup> *ibid* 4

<sup>54</sup> *ibid*; Okuyucu Ergün, 'Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı' (n 18) 823

<sup>55</sup> *ibid*; *ibid*

insan onuru gibi doğuştan var olan kişisel ve dokunulmaz hakların sùjesidir.<sup>56</sup> Kural olarak korunmayı hak eden bu varlık, hayata ve vücut bütünlüğüne karşı suçlar kapsamında himaye edilir. Söz konusu varlığa yönelik müdahaleler tedavi edici nitelik arz ettikleri ölçüde hukuka uygundur. Diğer menfaatlerle olası bir çatışmanın ortaya çıkması hâlinde, ceninin korunmasına yönelik hukukî menfaat; anne olma özgürlüğü, bilimsel araştırma veya endüstriyel üretim yönünden değil, yalnızca annenin yaşamının korunması veya ceninin gelişimi yönünden tehlikeye atılabilir. Ebeveynlerin cenin üzerinde hakları yoktur; olsa olsa onun yaşamını, sağlığını, gelişimini korumak bakımından ona karşı yükümlülükleri vardır. Bu düşünceye göre kürtaj nedeniyle yaşamı sona eren cenin, doğan insan cesediyle aynı hukukî korumadan yararlanır.<sup>57</sup>

Son yaklaşım ise ceninle doğan insan arasında kısmî bir farklılık olduğunu savunur. Bu düşünceye göre cenin insan varlığına dâhil olmakla beraber, henüz bir “kişi” ve “insan” niteliğini haiz değildir; yalnızca doğan kişi bu niteliklere sahip olabilir. Cenin bir nesne olarak değil, bir özne olarak hukukî korumadan yararlanır; fakat yararlandığı bu koruma doğan insanla bire bir aynı özelliklere sahip değildir, aksine daha zayıf niteliktedir.<sup>58</sup> Bu yaklaşım ceninin insan öldürme suçuna göre daha hafif suçlar (örneğin; kürtajla ilgili veya embriyoya yönelik suçlar) kapsamında korunmasını öngörür.<sup>59</sup>

Cenin kavramının kapsamı da ayrı bir tartışma konusudur. Gerçekten de dölleme ve gebelik konularına ilişkin geleceğe yönelik tartışmalar, cenin kavramının oldukça kapsamlı bir şekilde ele alınmasına neden olmaktadır.<sup>60</sup> Bu tartışmalara girmeksizin belirtelim ki; cenin genel itibarıyla “*döllenmeden doğuma kadar geçen sürede ana rahminde bulunan varlık*” olarak tanımlanmaktadır.<sup>61</sup> Öte yandan bazı yazarlar, bunu “*yaşama ümidini taşıyan bir varlık*” olarak da nitelendirmektedir.<sup>62</sup>

Ceza hukukunda önem arz eden bir diğer husus da insan olma niteliğinin hangi andan itibaren kazanılmış sayılacağı sorunudur. Zira bu anın belirlenmesi yalnız çocuk düşürme, düşürtme ve insan öldürme suçlarını birbirinden ayırmak bakımından değil; hekimlerin, embriyonun sağlığına zarar verilmesine veya yaşamının sonlanmasına neden olan davranışları yönünden cezaî sorumluluklarını tespit edebilmek bakımından da oldukça önemlidir.<sup>63</sup> Bu konuya ilişkin olarak biyolojik ve felsefî argümanlara dayanan iki karşıt tez karşımıza çıkmaktadır: İnsan olma niteliğini öne alan tez ile sonraki bir aşamaya erteleyen tez.<sup>64</sup>

<sup>56</sup> Mantovani (n 50) 4-5

<sup>57</sup> ibid 5

<sup>58</sup> ibid 6; Okuyucu Ergün, ‘Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı’ (n 18) 823

<sup>59</sup> Mantovani (n 50) 6

<sup>60</sup> ibid 9

<sup>61</sup> Hakeri (n 26) 220

<sup>62</sup> Erman and Özek (n 29) 187

<sup>63</sup> Hakeri (n 26) 221

<sup>64</sup> Mantovani (n 50) 9



Bunlardan ilkinde göre, insan olma niteliği döllenmeden itibaren başlar. Ontolojik temellerini biyolojik gerçekliğe dayandıran bu düşünceye göre; döllenme, birey olmanın ilk adımını oluşturur ve bu süreç en bilindik insan formuna ulaşana kadar devam eder. Yaşamın en erken belirtilerinden itibaren embriyoya yönelik daha bütüncül bir koruma sağlamayı amaçlayan bu tez, ceninin doğum sonrası yaşamını ve sağlığını korumakla sınırlı bir nesne olarak değil, hukukun bir öznesi olarak korunması gerektiğini savunur ve embriyo üzerinde yalnızca tedaviye yönelik müdahalelere izin verilebileceğini öngörür. Keza bu tez, cenini -insan olma kapasitesine bakılmaksızın- insan varlığına dâhil kabul ettiği için dış gebelik gibi ölümün kesin olduğu durumlarda dahi onun insan olma niteliğinin korunacağını savunur.<sup>65</sup>

Buna karşılık insan olma niteliğinin daha sonraki bir aşamada başladığını savunan diğer tez, bir taraftan embriyonik gelişimin birbirini izleyen aşamalarını ele alırken diğer taraftan ceninin hangi andan itibaren insan kabul edileceği sorunu üzerinde dursa da buna esaslı bir çözüm getiremez. Döllenme sonrası evreleri kendi içerisinde farklı görüşlere göre tasnif eden bu tez kapsamında; döllenmiş yumurtanın rahme yerleşmesi ve implantasyonun başlaması, ilk embriyonik izlerin ortaya çıkması, embriyonik hücrelerin başka embriyolar doğurma kapasitesi gibi aşamaların yanı sıra, beynin oluşma sürecini<sup>66</sup>, ana organların oluşumuyla bir insan formunun görünürlüğünü veya döllenmenin tamamlanmasıyla iki genetik mirasın birleşmesini yeterli kabul eden farklı aşamalar tartışılmıştır.<sup>67</sup>

İnsan olma niteliğini öne almayı savunan tez ile bunu sonraki bir aşamaya erilemeyi savunan tezin dayandığı esaslar çerçevesinde; biyolojik olarak insan varlığına dâhil olan bir varlığın<sup>68</sup>, felsefi, sosyal ve hukukî anlamda bir insan olarak benimsenmesi oldukça zordur. Her şeyden önce ceninin annesi ve babası tarafından kabul edilmesi; ebeveynlere bir çocuk dünyaya getirme ve onun sorumluluğunu üstlenme iradesinin tanınması gerekir. Ne var ki bu düşünce, embriyo veya cenini, onun geleceğini belirleme hakkına sahip olan ebeveyninin özel mülkiyeti olarak değerlendirme tehlikesiyle karşı karşıya kalmıştır.<sup>69</sup>

Şu durumda ceninin belirli kapasitelerinin veya yetilerinin ortaya çıkmasının, yani gerçek bir insana ve kişiye dönüşmesinin aranması en doğru çözüm olacaktır. Bu konuda da birbirinden farklı aşamalar ve/veya tezler ileri sürülmüştür: Ceninin

<sup>65</sup> Bkz. ibid 9 vd.

<sup>66</sup> Tüm organizmaların birleştirici ve koordine edici merkezi olan beynin yokluğunda bir insandan söz edilemeyeceğinden, beynin doğumu ve ölümü arasında bir uyum olduğu kabul edilir. Bkz. ibid

<sup>67</sup> Bkz. ibid 12 vd.

<sup>68</sup> Biyolojik açıdan insan yaşamının parçalara bölünemeyeceği, ancak ceza hukukunda insan yaşamının çeşitli bölümlere ayrıldığı (cenin, insan veya çocuk olmak üzere) ve her bölümün muhtelif hükümlerle korunduğu ifade edilmiştir. Bkz. Hans Lüttger, 'Gebeliğin Önlenmesi İle Çocuk Düşürme Arasındaki Sınırı Tesbitte Federal Almanya Ceza Hukukunda Yeni Problemler' (Özet Çeviri: Eralp Özgen) (1971) 28 (1) AÜHFD 250, 250

<sup>69</sup> Bkz. Mantovani (n 50) 16-17

anneyle ilişki kurma kapasitesini kazandığı an, asgari yaşam kalitesi eşiğini aştığı an (yaşam kalitesi tezi), rahim dışında hayatta kalma kapasitesi (otonom yaşam), kendinin farkında olma ve rasyonellik tezi, ceninin potansiyel bir insan olduğu tezi gibi.<sup>70</sup>

Bu konuya ilişkin olarak İtalyan ceza hukuku sistemi insan olma niteliğinin doğumla, yani gebelik ürününün ana rahminden tamamen ayrılmasıyla değil, biraz daha erken bir aşamada; ceninin ana rahminden ayrılmaya başladığı anda kazanıldığını kabul eder.<sup>71</sup> Nitekim İtalyan Ceza Kanunu m. 578'e göre ceninin doğum esnasında öldürülmesi ile yeni doğan çocuğun öldürülmesi birbiriyle eşdeğerdir.<sup>72</sup>

Ne var ki Mantovani bu konuda biraz daha farklı düşünerek, insan kavramına -hâlen anne karnında olsa bile- otonom yaşama kabiliyetine sahip olan varlığı da dâhil eder. Şu hâlde adı geçen yazara göre; yalnızca doğmuş olan, henüz yeni doğan veya doğmakta olan değil, anne karnında olup da otonom yaşama kabiliyeti bulunan varlık da insan niteliğini haizdir.<sup>73</sup> Esasen yazar bu düşüncesini "Anneliğin Sosyal Açıdan Korunması ve Gebeliğin İsteğe Bağlı Olarak Sonlandırılmasına İlişkin Hükümler"i düzenleyen 22 Mayıs 1978 tarihli, 194 sayılı Kanununun 7. maddesine<sup>74</sup> ve söz konusu maddenin yaptığı atıfla, gebeliğin sonlandırılmasını düzenleyen aynı Kanununun m. 6/a hükmüne dayandırmaktadır. Buna göre; otonom yaşama kabiliyeti bulunan cenine ilişkin olarak gebeliğin sonlandırılması ancak hamileliğin veya doğumun annenin hayatı bakımından ağır bir tehlike içermesi hâlinde söz konusu olabilir (m. 6/a). Ancak bu durumda hekimler ceninin yaşamının korunması için gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür (m. 7).<sup>75</sup>

Türk ceza hukukunda ise, aksi yönde düşünceler olmakla birlikte<sup>76</sup>, insan olma niteliği doğumun tamamlandığı, yani ceninin anadan tamamen ayrıldığı anda kazanılır.<sup>77</sup> Bu demek oluyor ki çocuğun öldürme suçunun mağduru olabilmesi için

<sup>70</sup> Bkz. ibid 17 vd.

<sup>71</sup> Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale Parte Speciale-I* (Giuffrè Editore 2016) 11; Toroslu and Toroslu, *Özel Kısım* (n 19) 24

<sup>72</sup> <<https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-xii/capo-i/art578.html>> erişim tarihi 24.04.2024; Toroslu and Toroslu, *Özel Kısım* (n 19) 25

<sup>73</sup> Mantovani (n 50) 27-28; Okuyucu Ergün, 'Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı' (n 18) 824

<sup>74</sup> Mantovani (n 50) 28

<sup>75</sup> <[https://www.sardegnasalute.it/documenti/9\\_26\\_20061201121241.pdf](https://www.sardegnasalute.it/documenti/9_26_20061201121241.pdf)> erişim tarihi 24.04.2024

<sup>76</sup> Kimileri normal doğumda doğum sancılarının başlamasıyla, sezeryanla doğumda ise ana rahminin açılmasıyla insan olma niteliğinin kazanıldığını ileri sürerken (bkz. Tezcan, Erdem and Önok (n 4) 138; Timur Demirbaş, *Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu* (DEÜHF Yay. 1992) 84; doğumun başlamasını gerekli ve yeterli görenler için ayrıca bkz. Özbek, Doğan and Bacaksız (n 6) 111); kimileri vücudun bir kısmının ana rahminden ayrılmasıyla çocuğun insan öldürme suçunun maddî konusunu oluşturabileceğini belirtmiştir. (Bkz. Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı (n 7) 11, Ahmet Gökçen and Murat Balcı, 'Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)' 17 (1-2) MÜHF-HAD 95, 124; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Aļşahin and Ü. Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet Yay. 2022) 105)

<sup>77</sup> Toroslu and Toroslu, *Özel Kısım* (n 19) 25; Erman and Özek (n 29) 7; Hakeri (n 26) 221; Bayraktar, Keskin Kızıroğlu, Yıldız, Memiş Kartal, Altunç, Bostancı Bozbayındır, Erman, Eroğlu Erman, Kurt



doğması yeterli olup ayrıca yaşama kabiliyetine sahip olması gerekmez.<sup>78</sup>

Yaşamın hangi andan itibaren başladığı<sup>79</sup> ve sona erdiği sorunu, ceninin yaşam hakkının korunmasına ve kürtaj yasasına yönelik başvurular kapsamında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de önüne gelmiştir. Ne var ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bu konuda kesin standartlar belirlemekten kaçınmıştır.<sup>80</sup> Bunun nedeni konuya ilişkin gerek Avrupa'da gerek dünyada hukukî ve bilimsel bir uzlaşının sağlanamaması olarak gösterilmiş ve bu husus AİHM'nin Vo-Fransa kararında<sup>81</sup> şu şekilde ifade edilmiştir:

and Sınar (n 30) 16; Tuğrul Katoğlu, 'Ceza Hukuku ve Etik' (2004) 19 (4) Toplum ve Hekim 300, 303; Okuyucu Ergün, 'Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı' (n 18) 829; Köksal Bayraktar, 'Kasten Öldürme' (2013) MÜHFD Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan içinde 57, 61; ceninin ana rahminden çıkıp ayrı bir varlık hâline gelmesi gerektiğini belirtenler için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer and Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (C. I Beta Yay. 2017) 28

<sup>78</sup> Morgane Dauray-Fauveau and Jacques-Henri Robert, Droit Pénal Spécial (Puf 2010) 179

<sup>79</sup> Bu konuya yönelik tartışmalar için bkz. Hamide Tacir, 'Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı' (2013) MÜHFD Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan içinde 1301,1302 vd.

<sup>80</sup> Douwe Korff, Yaşam Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap (Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya) (Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No. 8 2006) 8-9

<sup>81</sup> 08.07.2004 53924/00 Vo-Fransa davasının esası şu şekildedir:

*"Başvurucu Bayan Thi-Nho Vo, 1967 doğumlu Fransız vatandaşıdır. Altı aylık hamile olan başvuru 27 Kasım 1991'de Lyons Devlet Hastanesine randevulu muayeneye gitmiştir. Aynı gün, Bayan Thi Thanh Van Vo adında bir başka kadın, aynı hastaneye karındaki bir kisti aldırma için gelmiştir. Her iki kadının aynı soyadı taşımalarından kaynaklanan bir karışıklık nedeniyle, doktorun odasına başvuru girmiş, doktor ikinci kadına müdahale ettiğini zannederek, hamile olan başvuru rahmini delmiş ve başvurucu kürtaj yapılması zorunlu hale gelmiştir. Başvuru ve erkek arkadaşı, doktor aleyhine başvuru bakımından üç aydan daha az iş göremezlik sebebiyle verecek şekilde yaralama ve doğmamış çocuk bakımından da taksirle öldürme suçu şikâyetinde bulunmuşlardır. Üç bilirkişi raporu alındıktan sonra doktor hakkında dikkatsizlik ve ihmal suretiyle başvuru içinde ceninin büyüdüğü rahmini tahrip ederek bebeğin ölümüne sebebiyet vermekten ve anneyi yaralayıp üç aydan daha az iş göremez durumuna sokmaktan ceza davası açılmıştır.*

*Ceza Mahkemesi başvuru iş göremezlik şeklinde yaralama suçunun af kapsamına girdiğini; öte yandan yirmi bir haftalık olan ceninin yaşayabilir (viable) olmadığını ve Ceza Kanunu anlamında 'insan' veya 'başkası' olmadığını kabul etmiştir. Buna göre Ceza Mahkemesi, yirmi bir haftalık ceninin hayatına son verme veya taksirle öldürme suçunun işlenmiş olmadığı sonucuna varmıştır. Bu karara karşı başvuru Üst Mahkemeye başvurmuş, bu mahkeme kararı bozmuştur. Üst Mahkeme hukukun, yaşamın başlangıcından itibaren insana saygı prensibini içerdiğini, çocuğun canlı olarak doğmuş olmasını gerektirmediğini, saldırı anında çocuğun yaşar durumda bulunduğu ve olayda suç fiilinin taksirle öldürme olarak nitelendirilmesi gerektiğini, çünkü olayın yirmi ile yirmi dört hafta arasında sağlığı gayet iyi durumda bulunan bir ceninin kusur veya ihmal sonucu ölümüne sebebiyet veren bir eylemle ilgili olduğunu belirtmiştir. Doktora altı ay hapis cezası verilip ertelenmiş ve ayrıca 10,000 Frank para cezası verilmiştir.*

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

*Başvuru Sözleşme'nin 2. maddesine dayanarak, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda, ulusal makamların olayı doğacak çocuğun taksirle öldürme olarak nitelendirilmeme-*

“Yaşam hakkının “genel olarak gebelikten itibaren” korunması gerektiğini bildiren Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 4. maddesine aykırı olarak, Sözleşme’nin 2. maddesi, yaşam hakkının zaman sınırları hakkında sessiz kalmaktadır ve özellikle Sözleşme tarafından “yaşamı” korunan “kişiyi” tanımlamamaktadır (Vo/Fransa [BD], § 75).”<sup>82</sup>

“Mahkeme, Avrupa’da yaşamın başlangıcı hakkında bilimsel ve hukuki bir tanımla ilgili mutabakat bulunmaması sebebiyle, yaşam hakkının başlangıç noktasının, genel olarak bu alanda Devletlerin sahip olması gerektiği sonucuna vardığı takdir yetkisine bağlı olduğu kanaatine varmaktadır (Vo/Fransa [BD], § 82).”<sup>83</sup>

Esasen AİHM’nin Vo-Fransa kararından evvel, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, kürtaj başta olmak üzere çeşitli konular vesilesiyle ceninin yaşam hakkını etraflıca tartışmış ve bu tartışmalar Vo-Fransa kararı bakımından da yol gösterici olmuştur.<sup>84</sup>

Örneğin; karısının sağlık nedeniyle kürtaj olmasına izin verilmesinden şikâyetçi olan eşin<sup>85</sup> başvurusunun incelendiği *X-Birleşik Krallık* davasında, Komisyon, AİHS’nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesinde kürtajdan söz edilmediğine ve yine aynı maddenin ikinci paragrafında “bu maddenin ihlâli anlamına gelmeyecek” eylemler arasında kürtaja yer verilmediğine dikkat çekerek şu üç ihtimal üzerinde durmuştur: Ya söz konusu düzenleme doğmamış cenini kapsamamakta, ya ceninin yaşam hakkını istisnâ olarak tanımakta veyahut da cenine mutlak bir yaşam hakkı tanımaktadır. Ancak Komisyon bu son yorumun annenin yaşamına yönelik tehdi-

---

sinden şikâyetçi olmuştur. Başvurucu Fransa’nın bu tür eylemleri suç olarak nitelendiren kanun çıkarmakla yükümlü olduğunu savunmuştur.

Konuyla ilgili hukuk ve uygulama: Mahkeme kararının bu bölümünde, ilk olarak Ceza Kanununun kasıtsız öldürmeyle ilgili hükümlerine ve ardından Kamu Sağlığı Kanunu hükümlerine yer vermiştir. Daha sonra Temyiz Mahkemesinin konuyla ilgili kararları yer almıştır. Mahkeme daha sonra konuyla ilgili Avrupa Hukuku belgelerinden alıntılar yapmıştır. Bu belgeler arasında, İnsan Hakları ve Biyotıp Oviedo Sözleşmesi (1997), İnsan Klonlanmasının Yasaklanması Hakkında İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol (1998), Biyotıp Araştırmalarıyla İlgili İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol (2004), Biyoetik Daimi Komitesi tarafından kurulan İnsan Embriyo ve Fetüsün Korunması üzerine Çalışma Gurubunun görüşü (2003), Avrupa Komisyonunda Bilim ve Yeni Teknolojilerde Etik hakkında Avrupa Gurubunun görüşü (1998) yer almaktadır. Mahkeme ayrıca, karşılaştırmalı hukuk başlığı altında, Avrupa Konseyine üye devletlerin çoğunluğunda tak-sirle öldürme suçunun fetüse uygulanmadığını tespit etmiştir”, (Osman Doğru and Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar (1. Cilt Şen Mat. 2012) 30-31)

<sup>82</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Madde Rehberi (Son Güncelleme: 31.12.2028) 16 <[https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide\\_Art\\_2\\_TUR](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_2_TUR)> erişim tarihi 27.04.2024

<sup>83</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Madde Rehberi (Son Güncelleme: 31.12.2028) 16 <[https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide\\_Art\\_2\\_TUR](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_2_TUR)> erişim tarihi 27.04.2024

<sup>84</sup> Bkz. Case of Vo v. France (Application no. 53924/00) <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%7B%22001-61887%22%7D%7D>> erişim tarihi 27.04.2024

<sup>85</sup> Komisyon bu davada babanın ceninin yaşam hakkının ihlâli yönünden “mağdur” olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Bkz. Doğru and Nalbant (n 81) 3



di dikkate almadığını ve hatta bunun “ceninin daha ‘doğmamış yaşamının’” gebe kadının yaşamından daha değerli olduğu anlamına gelebileceğini değerlendirerek cenine mutlak yaşam hakkı tanındığı tezini reddetmiştir. Netice itibarıyla Komisyon 2. maddeyi tüm yönleriyle tartışarak ilk ihtimale yönelmiş ve bu madde kapsamının -doğası gereği- doğmuş kişilerle ilgili olduğu ve cenine uygulanamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca AİHS’de yer alan “herkes” (“*toute personne*”) ifadesinin cenini kapsamadığını, bunun gerek sözleşme genelindeki kullanımından gerek 2. maddedeki bağlamından anlaşıldığını ifade etmiştir.<sup>86</sup>

*H-Norveç davasında* ise Komisyon, aksine, ikinci teze yönelerek ceninin yaşamının korunmasının 2. madde açısından ele alınabileceğini değerlendirmiştir. Tıbbî nedenlere dayanmayan ve babanın iradesine aykırı olarak gerçekleştirilen bir kürtajla ilgili olan bu davada, Komisyon, taraf devletlerin kürtaj konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiş, -her ne kadar bu yetkinin Norveç mevzuatında aşılmadığı sonucuna varmışsa da- bazı hâllerde ceninin yaşamının 2. madde kapsamındaki korumadan yararlanabileceğini değerlendirmiştir.<sup>87</sup> Komisyon, AİHS’nin 2. maddesinin devletlere yaşamı korumak için gerekli tedbirleri almaları şeklinde bir yükümlülük yüklediğini ifade etmiş, ancak ceninin söz konusu maddenin ilk cümlesi yönünden belirli bir korumadan yararlanıp yararlanmadığına ilişkin bir karar vermesinin gerekli olmadığı sonucuna ulaşmıştır.<sup>88</sup>

Komisyonun kaldırılması üzerine, AİHM, 2002 yılında *Boso-İtalya* davasıyla kürtaj konusunu doğrudan ele almıştır. *H-Norveç* davasına benzer olan bu davaya konu olayda, bir kadın kocasının rızası bulunmamasına rağmen, 1978 tarihli 194 sayılı Kanuna dayanarak kürtaj olmuştur.<sup>89</sup> Mahkeme söz konusu olayda Komisyonun *H-Norveç* davasındaki yaklaşımını benimsemiş ve kararında şu ifadelere yer vermiştir:

*“Mahkeme, ceninin yukarıda yorumlandığı şekliyle 2. maddenin ilk cümlesi kapsamında korunup korunmayacağını belirlemenin gerekli olmadığı kanaatindedir. Bazı durumlarda, ceninin Sözleşme’nin 2. maddesi tarafından korunan haklara sahip olabileceği düşünülse bile, .... delillerden, eşinin hamileliğinin 1978 tarihli 194 sayılı Kanun’un 5. bölümüne uygun olarak sonlandırıldığı anlaşılmaktadır.*

*İtalyan mevzuatı, kadının fiziksel veya ruhsal sağlığı için bir risk söz konusu olduğunda, hamileliğin ilk on iki haftası içinde kürtaja izin vermektedir. Bunun ötesinde, kürtaj ancak hamileliğin veya doğumun devam etmesinin kadının hayatını riske atacağı veya çocuğun kadının fiziksel veya zihinsel*

<sup>86</sup> Bkz. Korff (n 80) 10

<sup>87</sup> Doğru and Nalbant (n 81) 33; bkz. Korff (n 80) 10 vd.

<sup>88</sup> Doğru and Nalbant (n 81) 33

<sup>89</sup> Korff (n 80) 12







olarak nitelendirilmesi söz konusu olmadığından<sup>96</sup>, suçun mağdurunun kim olduğu sorunu karşımıza çıkmaktadır.<sup>97</sup>

Her şeyden önce belirtilmelidir ki, çocuk düşürme suçunda korunan hukukî varlık veya menfaat tespit edilmeden suçun mağduruna ilişkin doğru bir belirleme yapmak mümkün değildir. Nitekim ceza normu tarafından korunan varlık veya menfaatler suçun hukukî konusunu oluşturur ve suçun mağduru hukukî konudan hareketle belirlenir. Bu itibarla, ceza normu tarafından korunan ve suç fiili ile ihlâl edilen varlık veya menfaatin sahibi ya da hamili suçun mağduru.<sup>98</sup> Esasen kanunda çocuk düşürme suçunun düzenlendiği yerde hukukî konuya işaret edilmediğinden, bu suçta ancak hukukî ihlâlin, yani normatif anlamda neticenin veya fiilin “zararlı olma” niteliğinin tam olarak tespiti suretiyle himaye edilen hukukî varlığın belirlenmesi mümkün hâle gelebilir.<sup>99</sup>

Bu belirtilenler çerçevesinde çocuk düşürme suçunun düzenlendiği TCK m. 100 hükmü incelenecek olursa:

Burada kanun koyucu gebe kadına anne olup olmayacağına ilişkin karar vermek üzere on haftalık bir süre tanımış ve bu süre içerisinde çocuğunu isteyerek düşürme yetkisi vermiştir. Belirtilen bu süreden sonra gebe kadının isteyerek çocuğunu düşürmesi yasaklanmıştır. Fail ve mağdur sıfatlarının aynı kişide birleşmesi söz konusu olamayacağından<sup>100</sup>, bizzat faili olduğu bu suç yönünden gebe kadına ait varlık veya menfaatlerin himaye edildiğini; bu itibarla onun bu suçun mağduru olabileceğini tartışmanın mümkün olmadığı açıktır. Şu hâlde bu suç ile gebe kadının yaşamının veya sağlığının korunduğu da iddia edilemez.

Öte yandan bu suçun mağdurunun toplum olabileceğini düşünmek de mümkün değildir; zira söz konusu suç topluma karşı suçlar kapsamında değil, kişilere karşı

---

şeklinde ayrılmasından söz edilir. Bu elbette ilk temel ayırımıdır. Zira ortak yaşamın farklı görünüm biçimleri, sosyal toplulukların biçimini de değiştirmekte ve toplumsal varlıkların süjünün aile, toplum, devlet veya devletler topluluğu olmasına göre farklı ayrımlara tabi kılınmasına neden olmaktadır. Bkz. Toroslu, Cürümlerin Tasnifi (n 21) 301-302

<sup>96</sup> ibid 308

<sup>97</sup> Bu suçta mağdurun muayyen olmadığı yönündeki görüş için bkz. Hüseyin Ertuğrul, ‘Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme Suçu’ (2016) 6 (2) KÜSBD 361, 374; suçun kanundaki düzenlenişinden hareketle suçun mağdurunu belirlemenin mümkün olmadığı yönündeki görüş için bkz. Berna Aşşen Yılmaz, ‘Suçun Hukukî Konusu ve Mağduru Bağlamında Çocuk Düşürme ve Düşürme Suçlarında Zincirleme Suç Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ (2018) 1(2) R&S- Research Studies Anatolia Journal 260, 267

<sup>98</sup> Toroslu and Toroslu, Genel Kısım (n 22) 115; Katoğlu, ‘Ceza Hukukunda Suçun Mağduru’ (n 23) 661. Öte yandan öğretilerde suçun mağdurunu kendisine karşı suç işlenen kimse şeklinde tanımlayan yazarlar da bulunmaktadır. (Bkz. Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer (Seçkin Yay. 2003) 140; Mahmut Koca and İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Seçkin Yay. 2023) 116)

<sup>99</sup> Hukukî konunun bu şekilde belirlenmesine ilişkin bkz. Toroslu, Cürümlerin Tasnifi (n 21) 223

<sup>100</sup> Nitekim insanın kişiliği bir suçun aynı anda hem faili hem de mağduru olacak biçimde ikiye bölünemez. Bkz. Toroslu and Toroslu, Genel Kısım (n 22) 113

suçlar arasında düzenlenmiştir. Normun yorumundan müstakbel babaya ait varlık veya menfaatlerin korunduğu sonucuna ulaşmak da söz konusu olamayacağına göre, burada cenine ait varlık veya menfaatlerin korunduğunu benimsemek en doğru yaklaşım olacaktır. Bu itibarla söz konusu düzenleme ile himayesi amaçlanan ceninin yaşamıdır; ancak potansiyel değil, mevcut yaşamıdır. Esasen bu husus TCK'nin cenine ilişkin genel yaklaşımından da kolayca anlaşılacaktır.

Şöyle ki Kanunda gebe kadını yaralamaya veya öldürmeye yönelik davranışlarla nedensellik ilişkisi bulunan ve doğumdan sonra bebek üzerinde ortaya çıkan zararlı sonuçları cezalandıran bir hüküm bulunmazken<sup>101</sup>, ceninin mevcut yaşamını sona erdirmeye yönelik davranışlar cezalandırılmaktadır; çocuk düşürtme ve düşürme suçlarında olduğu gibi. Keza yaralama sonucunda gebe kadının çocuğunun düşürmesini düzenleyen TCK m. 87/2-e hükmü ile yaralama fiilinin çocuğun vaktinden önce doğmasına sebebiyet vermesini düzenleyen m. 87/1-a hükmü de bu duruma örnek olarak gösterilebilir (taksirli hâlleri de buna dâhildir: m. 89/2-f, m. 89/3-e). Zira bunlar da kişiye ait çeşitli varlık veya menfaatlerin yanı sıra, ceninin mevcut yaşamını himaye etmeyi amaçlayan düzenlemelerdir. Öte yandan, gebe kadına yönelik işlenen işkence (m. 94/2-a) ve eziyet (m. 96/2-a) suçlarının daha ağır bir cezayla cezalandırılması veya işkence suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış hâlleri (m. 95/1-e, m. 95/2-e) bakımından da aynı hususlar düşünülebilir.

Öyleyse Türk ceza hukukunda ceninin bir süje olarak korunduğunu, ancak onun niteliğine ilişkin olarak yukarıda ele aldığımız yaklaşımlardan “kısmî farklılık” tezinin benimsendiğini ifade etmek yanlış olmaz. Gerçekten de cenine ilişkin TCK'deki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde; onun doğana kadar bir “kişi” veya “insan” niteliğini haiz olmadığı, fakat insan varlığına dâhil sayıldığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Bununla beraber, doğan insanla eşit bir himayeden yararlanmayıp daha zayıf bir korumaya tabi kılındığı da açıktır.

Kanun koyucunun çocuk düşürme suçunu “Kişilere Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlemiş olmasının temel nedeni de cenini insan varlığına dâhil olarak kabul etmesidir. Elbette bu varlık anneden bağımsız, otonom yaşama kabiliyetini haiz değildir; ancak biyolojik açıdan insan varlığına dâhildir. Bu itibarla yaşayan ve insan varlığına dâhil bir organizma olan cenin, hukukumuzda potansiyel bir kişi olarak sayılmakta ve bu kapsamda bir korumadan yararlanmaktadır. Belirtilen nedenlerle ceninin mevcut yaşamını sona erdirmeye yönelik davranışlar cezalandırılmakta; fakat gebe kadını veya cenini öldürmeye yönelik davranışların doğumdan sonra bebek üzerinde etkilerini göstermesi hâlinde sorumluluğun ne olacağı meselesi çözümsüz bırakılmaktadır. Nitekim gelecekte dünyaya gelse bile sağlıklı bir birey olamaması durumunu göz ardı eden kanun koyucunun iradesi, bize göre, bu varlığın gelecekteki veya potansiyel yaşamını değil, cenin hâlindeki yaşamını himaye etmektir.

<sup>101</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. Okuyucu Ergün, ‘Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı’ (n 18) 830 vd.

Öte yandan kanun koyucunun geleceğe yönelik varlık veya menfaatleri korumasına ne gerek vardır ne de bu çoğu zaman mümkündür. Ceza hukukunu ilgilendiren genelde suçun işlendiği anda mevcut olan varlık veya menfaatlerin ihlâlidir.<sup>102</sup> Şüphesiz kimi zaman zararlı sonuçlar davranış gerçekleştiği anda değil, çok daha sonraki bir zamanda ortaya çıkabilir. Ancak bu durumda bile suçun işlendiği zaman, failin hukuk düzenine karşı geldiği an olan davranışın gerçekleştiği zamana göre belirlenir.<sup>103</sup> Bu itibarla, davranış gerçekleştiği anda henüz “insan” veya “kişi” niteliğini kazanmamış cenine verilen zararın neticeleri cenin doğduktan sonra ortaya çıksa bile, fail, insan öldürme suçuna değil, olsa olsa çocuk düşürme veya düşürtme suçuna teşebbüsten dolayı sorumlu tutulabilir.

Şu hâlde; çocuk düşürme fiilini kişilere karşı suçlar kapsamında düzenlemek suretiyle kanun koyucu suçun mağdurunu cenin olarak belirlemiş, annenin faili olduğu bu suç ve m. 99/5<sup>104</sup> kapsamında rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu yönünden “kişi” kavramına “potansiyel kişi” olan cenini de dâhil etmiştir. Ceninin yaşamını ona ait bir varlık olarak değerlendiren kanun koyucu, bu yöndeki düzenlemelerle onu annesinin haklarının bir nesnesi olarak değil, aksine -annesinin hukuka aykırı davranışlarına karşı- hukukun bir öznesi olarak himaye etmeyi tercih etmiştir.

## SONUÇ

Çocuk düşürme suçuna ilişkin tartışmalar, bu suçta mağdurun kim olduğu sorunu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Nitekim kanun koyucu “Kişilere Karşı Suçlar” kapsamında düzenlemek suretiyle söz konusu suç yönünden mağdurun belirli bir kişi olmasını öngörmüştür. Ne var ki suçun mağdurunun hukukî konudan hareketle belirlenmesi gerekirken, çocuk düşürme suçunun düzenlendiği yerde hukukî konuya işaret edilmemiş olması, bu suçta mağdurun belirlenmesini daha da güç hâle getirmektedir. Şu durumda ancak hukukî ihlâlin, yani fiilin zararlı olma niteliğinin tam olarak tespit edilmesi suretiyle bu suçta himaye edilen hukukî varlığın belirlenmesi mümkün hâle gelebilir. Çocuk düşürme suçunu düzenleyen hüküm bu yönden ele alındığında görülmektedir ki; kanun koyucu gebe kadına anne olup olmayacağına ilişkin karar vermek üzere on haftalık bir süre tanımış ve bu süreden sonra annenin isteyerek çocuk düşürmesini yasaklamıştır. Bu itibarla çocuk düşürme suçunda

<sup>102</sup> Ceza hukukunun özel görevi, ceza tehdidiyle bireysel ve toplumsal mevcudiyete ilişkin varlıkların veya menfaatleri korumaktır (bkz. Toroslu, Cürümlerin Tasnifi (n 21) 17). Esasen burada belirtilen “hukukî varlık veya menfaat” kavramı, salt cezai himayenin konusunu değil, suçun gerçek özünü de ortaya koyan bir kavramdır. Öyle ki normun korumak istediği varlık veya menfaatin ihlâli, suçun özünü oluşturan zararı ifade eder. Bkz. Toroslu and Toroslu, Genel Kısım (n 22) 110

<sup>103</sup> Toroslu and Toroslu, Genel Kısım (n 22) 75; bu konuda detaylı bilgi için bkz. Tuğrul Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması (Seçkin Yay. 2008) 43 vd.

<sup>104</sup> “Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükümlenir. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükümlenir.”



gebe kadına ait varlık veya menfaatlerin himaye edildiğini; yani bu suç ile onun yaşamının veya sağlığının korunduğunu ifade etmek mümkün değildir. Zira gebe kadın aynı anda suçun hem faili hem de mağduru olamaz. Öte yandan normun yorumundan bu suç ile müstakbel babaya ait varlık veya menfaatlerin korunduğu sonucuna da ulaşamayacağına göre, cenine ait varlık veya menfaatlerin korunduğunu benimsemek en doğru yaklaşım olacaktır. Her ne kadar “cenin” henüz “kişi” veya “insan” niteliğini kazanmış olmasa da biyolojik açıdan insan varlığına dâhildir; dolayısıyla “potansiyel kişi”dir.

Şu hâlde çocuk düşürme suçu ile himayesi amaçlanan ceninin yaşamıdır; fakat gelecekteki veya potansiyel yaşamı değil, mevcut yaşamıdır. Nitekim bu husus TCK'nin cenine ilişkin genel yaklaşımından da anlaşılmaktadır. Gerçekten de ceninin mevcut yaşamını sona erdirmeye yönelik davranışlar cezalandırılırken, gebe kadını veya cenini öldürmeye yönelik davranışların doğumdan sonra bebek üzerinde etkilerini göstermesi hâlinde sorumluluğun ne olacağına ilişkin kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Gelecekte dünyaya geldiğinde sağlıklı bir birey olamaması durumunu göz ardı eden kanun koyucunun iradesi, esasen bu varlığın gelecekteki veya potansiyel yaşamını değil, cenin hâlindeki yaşamını korumaktır. Bu itibarla cenin, hukukumuzda potansiyel bir kişi olarak kabul edilmekte ve bu kapsamda bir korumadan yararlanmaktadır. Şüphesiz bu koruma doğan insan göre daha zayıf bir nitelik arz etmektedir ki bu husus hukukumuzda ceninin niteliğine ilişkin olarak “kısmî farklılık tezi”nin benimsendiğinin de önemli bir işaretidir. Bu belirtilenlerden hareketle, kanun koyucu çocuk düşürme suçunu kişilere karşı suçlar arasında düzenleyerek bu suçun mağdurunu cenin olarak belirlemiş; annenin faili olduğu bu suç açısından “kişi” kavramına “potansiyel kişi” olan cenini de dâhil etmiştir. Ceninin yaşamını ona ait bir varlık olarak değerlendiren kanun koyucu, onu annesinin hukuka aykırı davranışlarına karşı hukukun bir öznesi olarak korumayı amaçlamıştır.

## KAYNAKÇA

Akbulut B and Kareem OR, ‘Türk Ceza Kanunu ve Irak Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (2018) 13 (37) CHD 11-85

Antolisei F, *Manuale di Diritto Penale Parte Speciale-I* (Giuffrè Editore 2016)

Artuk ME, Gökçen A, Aşahin ME and Çakır ÜK, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet Yay. 2022)

Bayraktar K, ‘Kasten Öldürme’ (2013) MÜHFD Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan içinde 57-77

— —, Keskin Kiziroğlu S, Yıldız AK, Memiş Kartal P, Altunç S, Bostancı Bozbayındır G, Erman B, Eroğlu Erman F, Kurt G and Sınar S, *Özel Ceza Hukuku (C. II Kişilere Karşı Suçlar On İki Levha 2017)*

- Centel N, Zafer H and Çakmut Ö, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (C. I Beta Yay. 2017)
- Daury-Fauveau M and Robert J-H, *Droit Pénal Spécial* (Puf 2010)
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin Yay. 2022)
- —, *Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu* (DEÜHF Yay. 1992)
- Doğru O and Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar* (1. Cilt Şen Mat. 2012)
- Dönmez B, ‘TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu, Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşam Hakkının Sınırlandırılması’ (2007) 9 (2) DEÜHFD 99-141
- Dönmezer S, *Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (Fakülteler Mat. 1991)
- —, ‘Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü’ (2011) 50 (1-4) *Journal of Istanbul University Law Faculty* 3–11
- Erdem DÖ, ‘Çocuk Düşürtme Düzenlemesi’ (2016) 65 (4) AÜHFD 1637-1688
- Erem F, ‘Çocuk Düşürme’ (1958) Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hâtirasına Armağan içinde 307-338
- Erman and Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (TCK 449-490) Sahir Erman (Dünya Yay. 1994)
- Ertuğrul H, ‘Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme Suçu’ (2016) 6 (2) KÜSBD 361-368
- Gökçen A and Balcı M, ‘Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)’ 17 (1-2) MÜHF-HAD 95-218
- Hafizoğulları Z and Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (US-A Yay. 2022)
- Hakeri H, *Tıp Ceza Hukuku* (Seçkin Yay. 2023)
- Katoğlu T, ‘Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması’ Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan içinde (2004) 2 GÜHFD 269-292
- —, ‘Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları’ (2012) 61 (2) AÜHFD 657-693
- —, ‘Ceza Hukuku ve Etik’ (2004) 19 (4) *Toplum ve Hekim* 300-306
- —, *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması* (Seçkin Yay. 2008)
- Keskin Kiziroğlu S, ‘Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları’ (2013) MÜHFD Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan içinde 165-190
- Koca M and Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin Yay. 2023)



Korff D, Yaşam Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap (Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya) (Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No. 8 2006)

Kul A, 'Türk Ceza Hukuku'nda Çocuk Düşürme Suçu'nun Tartışmalı Yönleriyle İncelenmesi' (2018) 4 (7) BÜHFD (Prof. Dr. Erol Cihan Armağanı C. I içinde) 85-110

Kurt LM, 'Cenin Malvarlığı Hakları' (2011) 2 (1) İÜHFD 177-209

Lüttger H, 'Gebeliğin Önlenmesi İle Çocuk Düşürme Arasındaki Sınırı Tesbitte Federal Almanya Ceza Hukukunda Yeni Problemler' (Özet Çeviri: Eralp Özgen) (1971) 28 (1) AÜHFD 250-253

Mantovani F, Diritto Penale Parte Speciale I Delitti Contro la Persona (Cedam 2005)

Oktar S, Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları (Oniki Levha Yay. 2016)

Okuyucu Ergün G, Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi (Yetkin Yay. 2023)

Okuyucu Ergün G, 'Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı İşlenen Kasten Öldürme Suçuna İlişkin Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler' (2015) II Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan içinde 821-844

Önder A, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar (Filiz Kit. 1994)

Özen M, 'Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (2007) (5) THD 97-101

Özbek VÖ, Doğan K and Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Seçkin Yay. 2022)

Tacir H, 'Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı' (2013) MÜHFD Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan içinde 1301-1319

Tezcan D, Erdem MR and Önok M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (Seçkin Yay. 2022)

Toroslu N and Toroslu H, Ceza Hukuku Genel Kısım (Savaş Yay. 2023)

— — and Toroslu H, Ceza Hukuku Özel Kısım (Savaş Yay. 2021)

— —, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu (Savaş Yay. 2019)

Ünver Y, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer (Seçkin Yay. 2003)

Yalçın Sancar T, Türk Ceza Hukukunda Kadın (Seçkin Yay. 2013)

Yılmaz BA, 'Suçun Hukuki Konusu ve Mağduru Bağlamında Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçlarında Zincirleme Suç Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2018) 1(2) R&S- Research Studies Anatolia Journal 260-268



Yokuş Sevük H, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Adalet Yay. 2022)

Yurtcan E, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması (Kazancı Hukuk Yay. 1990)

### İnternet Kaynakları

<[https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400765.pdf](https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400765.pdf)> erişim tarihi 05.05.2024

Yargıtay 9 CD 18455/7329, 04.07.2022 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi 22.03.2024

<<https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-xii/capo-i/art578.html>> erişim tarihi 24.04.2024

<[https://www.sardegناسalute.it/documenti/9\\_26\\_20061201121241.pdf](https://www.sardegناسalute.it/documenti/9_26_20061201121241.pdf)> erişim tarihi 24.04.2024

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Madde Rehberi, Son Güncelleme: 31.12.2028 16, <[https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide\\_Art\\_2\\_TUR](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_2_TUR)> erişim tarihi 27.04.2024

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Madde Rehberi, Son Güncelleme: 31.12.2028 16, <[https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide\\_Art\\_2\\_TUR](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_2_TUR)> erişim tarihi 27.04.2024

Case of Vo v. France (Application no. 53924/00) <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-61887%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-61887%22])> erişim tarihi 27.04.2024

Boso v. Italy (Application no: 50490/99) <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-23338%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-23338%22])> erişim tarihi 27.04.2024

Case of Vo v. France (Application no. 53924/00) 82. Paragraf <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-61887%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-61887%22])> erişim tarihi 28.04.2024

Case of Vo v. France (Application no. 53924/00) 84. paragraf <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-61887%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-61887%22])> erişim tarihi 28.04.2024

Case of Vo v. France (Application no. 53924/00) 85. paragraf <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-61887%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-61887%22])> erişim tarihi 28.04.2024

Case of Vo v. France (Application no. 53924/00) 86. paragraf <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-61887%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-61887%22])> erişim tarihi 28.04.2024

