

SOCIAL AND HUMAN SCIENTIFIC

Yılmaz, B. A. (2018). "Suçun Hukuki Konusu ve Mağduru Bağlamında Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçlarında Zincirleme Suç Hükümlerinin Değerlendirilmesi", R&S - Research Studies Anatolia Journal, Vol:1, Issue:2; pp: 260-268

Anahtar Kelimeler: Çocuk Düşürtme, Cenin, Mağdur, **Keywords:** Abortion, Fetus, Victim, Legal Issue, Chained Hukuki Konu, Zincirleme Suç Crime.

Makale Türü: Araştırma Makalesi

SUÇUN HUKUKİ KONUSU VE MAĞDURU BAĞLAMINDA ÇOCUK DÜŞÜRTME VE DÜŞÜRME SUÇLARINDA ZİNCİRLEME SUÇ HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Evaluation of Criminal Crime Provisions in Children Reduction and Reduction in Children with Context of Legal Legal Knowledge and Victim

Ar. Gör. Berna Ayşen YILMAZ

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, berna-1834@hotmail.com Ankara/Türkiye

Makale Geliş Tarihi
04.06.2018

Revize Tarihi
17.07.2018

Yayınlanma Tarihi
30.07.2018

ÖZ

Çocuk düşürtme suçu, 1983 yılında NPHK (Nüfus Planlaması Hakkında Kanun) ve TCK hükümlerinde yapılan değişiklikler neticesinde "ırkın tümlüğü ve sağlığı aleyhine cürümler" yerine, "kişilere karşı suçlar" başlığı altında düzenleme alanı bulmuştur. Madde gerekçesinde çocuk düşürtme suçunun düzenlenmesinde NPHK hükümlerinin göz önünde bulundurulduğu belirtilmiş, NPHK m. 2'deyse nüfus planlaması, fertlerin istedikleri zaman ve istedikleri sayıda çocuk sahibi olmaya karar verebilmesi şeklinde tanımlanmıştır. Kadının çocuk sahibi olmaya karar vermesi ya da ebeveynlerin aile planlaması yapması devlet veya toplumu ilgilendiren alanlar olmayıp, bireylerin hak ve özgürlüklerini ilgilendirdiğinden suçun kişilere karşı suçlar başlığı altında ele alınması doğru bir tercihtir. Buna rağmen; kanuni düzenleme, suçun hukuki konusunun, mağdurunun ve zincirleme suç hükümlerinin söz konusu suçta uygulama alanı bulup bulamayacağına tespit edilmesinde sıkıntılara neden olmaktadır. Her şeyden önce kadının kendi bedeni üzerinde işlediği çocuk düşürtme suçunun hem faili hem de mağduru olması mümkün olmayacağından, mağdurun cenin olup olmayacağı sorunu gündeme gelecektir. Mevcut kanuni düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda mağdur olabilecekler; gerçek kişiler, tüzel kişiler veya aile, toplum ve devletler topluluğu şeklinde tüzel kişiliği haiz olmayan kolektif organizmalarla sınırlı olduğundan cenin de mağdur kabul edilemeyecektir. Benzer durum zincirleme suçta aynı kişiye karşı suçun birden fazla kez işlenmesinde de karşımıza çıkacak, ceninin kişi kavramı kapsamında değerlendirilemeyecek olması zincirleme suç hükümlerinin uygulama alanının belirlenmesini imkânsız hale getirecektir. Bu gerekçelerle yapılacak çalışmada; TCK m. 99'da düzenlenen çocuk düşürtme suçunun kişilere karşı suçlar arasında kalmasını sağlayacak şekilde düzenlenmesinin mümkün olup olmayacağı ve eğer mümkün olmayacaksa kanunda ne şekilde düzenlenmesi gerektiği incelenecektir.

ABSTRACT

As a result of the amendments made in the NPHK and TCK provisions in 1983, the crime of abortion was regulated under the found under the title of "crimes against persons" instead of "crimes against the integrity of the race and health". On the basis of the article stated that the NPHK provisions were taken into consideration in the regulation of the crime of abortion, at NPHK m. 2, population is defined as the ability of the individual to decide when and how many children they desire. It is right choice fort he woman to decide to own the child or for her parents to do family planning, not to engage in the state or society, but to deal with the rights and freedoms of the individual under the guise of crimes against persons. Nevertheless, legal regulation cause difficulty in determining whether crime can be applied in terms of legal issue of crime, victim and chain crime provisions. Before anything else, since it is not possible ofr both perpetrator and victim to commit the crime of abortion thar woman committed on her own body, the question of whether or not the victim is a fetus will come into. When take into consideration current legal regulations, since the victim are limited to natural persons, legal entities or collective organisms that do not have legal personality in the form of a family, society and state community, the fetus will not be accepted a victim. A similar situation is arisen when a crime against the same person is committed more than once, the fact that the fetus does not be regarded as person will make it impossible to determine the field of applicaion of the chain crime provisions. For these reasons in this study, it will be examined whether it would be possible to regulate the crime of abortion in TCK m. 99 so that it would remain among crimes against the person, and if it is not possible, how it should be regulated in criminal law.

* 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu'nda Sunulan Bildirinin genişletilmiş halidir.

1. GİRİŞ

Ceza hukuku dışında, hukukun diğer dallarında gebeliğin sonlandırılmasına doğrudan yer verilmemiş, gebeliğin sonlandırılmasının üzerinde etki doğurduğu cenine bazı haklar tanınmıştır. Diğer hukuk dalları cenine hak tanırken onun gelecekte yaşama kavuşacağını göz önünde tutmuşlardır. Örneğin kişiler hukukunda cenin gelecekte sağ ve tam doğması koşuluyla hak ehliyetine sahip olur (TMK m. 28/2), miras hukukunda mirasçılar arasında ceninin bulunması halinde mirasın paylaşılması ceninin doğmasından sonraya bırakılır (TMK m. 643). Hak ehliyetinin kişilere sağlanmış olduğunun belirtilmiş olması, ceninin de hak ehliyetine sahip olmasının sağ ve tam olarak doğması koşuluna bağlanmış olduğu göz önünde bulundurulduğunda özel hukuk dallarında da ceninin kişi olarak kabul edilmediği sonucuna varılması gerekmektedir.

1.1. Dinin Cenine Bakış Açısı

İslam dininin gebeliği sonlandırmaya bakış açısına değinmek gerekirse (El-Kahtani, 2008, s. 441 ve devamı) İslam dininin kutsal kitabı olan Kur'an'da gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Kur'an'da yalnızca Allah'ın tüm insanların rızkını verdiği için insanların çocuklarını öldürmemeleri gerektiği belirtilmiştir. Konuya ilişkin kesin bir hüküm yer almaması nedeniyle konu İslam hukukçuları arasında tartışmaya yol açmıştır. İslam dininde yer alan 4 büyük mezhep, hatta bunların içinde din alimleri farklı görüşler benimsemiştir.

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin ilk görüş, ceninin ana rahmine düşmesi anından itibaren korunması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşü savunanlardan bazıları gebeliğin hiçbir suretle sona erdirilemeyeceğini, zira bir insanın hayatının başka bir insanın hayatından daha fazla önemli sayılmayacağını belirtirken, diğerleriyse tıbbi zorunluluk bulunması halini bu durumun kapsamı dışında bırakmış, tıbbi zorunluluk halinde herhangi bir süreye bağlı olmaksızın gebeliğin sona erdirilebileceğini kabul etmişlerdir.

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin ikinci görüş ise ceninin ruh üflenmesi anında kişilik kazanacağını ve gebeliğin sonlandırılmasının da kural olarak bu ana kadar geçerli olacağını savunmaktadır. Bu görüşte kendi içinde farklı görüşler barındırmaktadır. Hanefiler cenine ruhun üflenmesi için ana rahmine düşmesi anından itibaren 120 gün geçmesi gerektiğini savunurken, Malikilerin çoğunluğu ise ruhun üflenmesi için 40 gün geçmesini aramışlardır. Bu süreler içinde de kimi alimler herhangi bir tıbbi zorunluluk hali bulunmasını aramazken, bazı alimler ancak tıbbi bir zorunluluk bulunması halinde veya haklı sebep ya da özür oluşturacak bir durumda (Haklı sebep ya da özür durumuna Hanefiler, annenin gebe kaldığı sırada emzirdiği başka bir çocuğunun bulunup annenin süttan kesilmesini ve babanın da sütanne tutacak parasının bulunmamasını örnek verirken, Şafiiler kadının zinadan dolayı gebe kalmış olmasını örnek olarak göstermektedir. Çocuğun sakat olması ya da sakat doğacak olması durumunda ise, basit ve tedavi edilebilir yaratılış bozuklukları ve riskli fakat zorla veya olağanüstü gayretlerle tedavi edilebilir bozukluklar bulunması halinde gebeliğin sonlandırılmayacağı, ancak çok riskli ve tedavi edilebilir yaratılış bozuklukları halinde gebeliğin sonlandırılabilirliği belirtilmektedir. Aile planlaması nedeniyle gebeliğin sona erdirilmesi mümkün değildir. (El-Kahtani, 2008, s. 464-480) gebeliğin sona erdirilebileceğini belirtmişlerdir. Tüm mezheplerin üzerinde anlaştıkları tek noktaysa, ceninin ana rahmine düşmesinden 120 gün geçtikten sonra tıbbi zorunluluk hali bulunmadıkça gebeliğin sona erdirilemeyeceğidir.

1.2. Ahlakın Cenine Bakış Açısı

Gebeliğin sonlandırılmasına etik açıdan baktığımızda (Gebeliğin sonlandırılmasının etik boyutuyla ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz. Kaya, 2014, s. 64 ve devamı) ceninin ahlaki statüsü kapsamında konuyu ele alanlar, sonuçları bakımından gebeliğin sonlandırılmasını değerlendirenler ve feminist görüşler olmak üzere üçe ayrılarak incelenebilir.

Cenin ahlaki statüsü açısından gebeliğin sonlandırılmasını ele alanlar, insan yaşamının başlangıcını hangi andan itibaren kabul ettiklerine, ceninin hangi andan itibaren korunması gerektiğine ya da ceninin korunmasının gerekmediğine göre kendi içinde de farklı görüşleri benimsemişlerdir. Gebeliğin ahlaki statüsü kapsamında konuyu ele alan ilk görüş, insan hayatının döllenmiş yumurtanın olduğu andan itibaren başladığı, bu nedenle de gebeliğin her aşamasında kürtajın yasak olması gerektiğini savunmaktadır. Gebeliğin belirli bir aşamasından sonra ceninin ahlaki statüsünün korunması gerektiğini savunan ikinci görüş, doğumdan itibaren, kadının bedeni dışında yaşama kabiliyetine sahip olduğu an, ana rahminde ceninin hareket etmeye başladığı an, ceninin bilinçlilik durumunu ya da acı veya haz duyması anı şeklinde dört farklı andan itibaren ceninin ahlaki statüsünün değişeceğini savunmaktadır. Ceninin potansiyel bir insan olduğunu savunan üçüncü görüşse, ceninin potansiyel

insan olarak insanlar gibi yaşama hakkına sahip olduğu ve insan olmayıp, henüz insan olma potansiyelini taşıyan ceninin yaşamını sonlandırmayla insan yaşamını sonlandırmanın aynı olmadığı şeklinde iki zıt görüşe ayrılmaktadır.

Sonuçları bakımından gebeliğin sonlandırılmasını ele alanlar, kadının istemediği çocuğu doğurması halinde bunun kendisi, ailesi, toplum ve hatta devlet açısından doğuracağı olumsuz sonuçları göz önünde bulundurarak gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.

Feminist görüşte olanlarsa, istenmeyen gebeliklerin önlenmesini ve kadınların güvenli, yasal kürtaja ulaşabilmesini, kadınların cinselliklerini kendi iradeleriyle kontrol altına alabilmeleri gerektiğini savunmaktadır.

1.3. Uluslararası Hukukta Cenin

Gebeliğin sonlandırılması kapsamında ceninin yaşama hakkına sahip olup olmadığı da AIHM'nin önüne gelmiş, mahkeme ceninin canlı varlığının sona erdirilmesinin AIHS'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşama hakkının kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda karar vermekten çekinmiş, bu konuda düzenleme yapma yetkisinin ülkelerin iç hukuk düzenine bırakılması gerektiğini belirtmiştir (Dönmez, 2007, s. 139).

Cenin sıfatının ne zaman sona erdiği de konu açısından önem arz etmektedir. Ceninin ana rahminden tamamen ayrılması ile birlikte insan olma niteliği kazanılmakta ve bu aşamadan sonra kişilik kazanmış bir varlık olarak insan öldürme ve yaralama suçlarının maddi konusunu oluşturmaktadır (Hafizoğulları ve Özen, 2015, s. 34).

2. TÜRK HUKUKUNDA ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇUNUN İNCELENMESİ

2.1. Çocuk Düşürtme Suçunun TCK'deki Düzenlemesi

Türk hukukunda çocuk düşürtme ve düşürme suçlarına ilişkin düzenlemeler TCK, 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (R.G., T. 27.05.1983, S. 18059) (NPHK) ve bu kanuna dayanarak çıkarılan 83/7395 Sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzükte (R.G., T. 18.12.1983, S. 18255) (Tüzük) yer almaktadır.

Çocuk düşürtme suçu TCK m. 99'da düzenlenmiştir. Kanunda yer alan düzenlemeye göre;

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

(2) *Tıbbî 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.*

(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 hâlinde, 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 hâlinde, 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 hâlinde; 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 hâlinde, 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.*

Fıkralarda yer alan düzenlemelere genel olarak baktığımızda;

1. fıkrada kanun herhangi bir süreye bağlı olmaksızın yetkili kişi tarafından gebe kadının rızası olmaksızın gebeliğin sonlandırılmasına, 2. fıkrada ise yetkili kişi tarafından rızaya dayalı çocuk düşürtmeye yer vermiştir. Kanun koyucu gebeliğin onucu haftasından sonra gebeliğin sonlandırılmasına izin vermemiş, ancak tıbbi zorunluluk bulunması halinde buna müsaade etmiştir.

3. ve 4. fıkralarda çocuk düşürtme suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerine yer verilmiştir.

5. fıkrada gebeliğin yetkili olmayan kişi tarafından sona erdirilmesi hali düzenlenmiş, onuncu haftadan önce rızaya dayalı olarak gebelik sona erdirilebilmesine rağmen kanun yetkili olmayan kişi tarafından gerçekleştirilen hareketleri suç saymıştır.

6. fıkrada ise süre konusunda kuraldan ayrılmış, bir suçun mağduru olarak gebe kalan kadının yirminci haftaya kadar gebeliği sona erdirmesine izin vermiştir.

2.2. Suçun Hukuki Konusu

Suçun hukuki konusu; suç işlenmesiyle ihlal edilen, suçu öngören norm tarafından korunan varlık veya menfaatlerdir (Toroslu, 2012, s. 103). Suç tarafından ihlal edilen varlık veya menfaatler birden fazla olabilir, ancak kanun bunlardan birini tercih etmekte ve suçları tercih ettiği bu hukuki konuya göre tasnif etmektedir (Toroslu, 2012, s. 102, 103).

Çocuk düşürtme suçunun hukuki konusu üzerinde görüş birliği bulunmamaktadır. Suçun hukuki konusundaki görüşlere değinmek gerekirse,

"Bu suçla korunan hukuki yarar birden fazladır. Ceninin yaşama hakkı, annenin sağlığı ve hayatı, genel ahlak, devletin nüfus politikası ve belirli süre içerisinde gebeliği sona erdirme hakkı tanındığı için kadının cinsel özgürlüğüdür" (Yurtcan, 1985, s. 43, 45).

"Bu suçla birden fazla hukuki değer korunduğunu söylemek mümkündür. Bunlar, kadın ve erkeğin çocuk sahibi olmaya mecbur tutulmaması, belli bir süre içerisinde gebeliği sona erdirme özgürlüğü ve nüve halindeki insan hayatıdır" (Dönmezer, 1984, s. 7; Dönmezer, 1998, s.171).

"On hafta içinde kadının anne olup olmamayı tercih etme hakkı öncelikle korunmakta, ceninin yaşam hakkı ise ikinci planda kalmaktadır" (Önder, 1994, s. 174).

"Kadının cinsel ilişkiye girip girmeyi ve gebe kalıp kalmamayı tercih etme, bunların sonucu olarak da kadının anne olup olmama hususundaki kişisel hakkı korunmaktadır" (Erman ve Özek, 1994, s. 189, 190).

"Suçla korunan öncelikli hukuki yarar ceninin yaşama hakkı, ikinci olarak da annenin sağlık hakkıdır. Cenin annenin sağlığını tehdit ettiği durumlarda rahimden alınması söz konusu olsa bile onun da yaşam hakkı korunmaktadır. Doğrudan doğruya kadının kendi vücudu üzerinde rahatsızlık ya da acı verici müdahaleler yapıldığından anne de korunmaktadır" (Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2014, s. 290; Tezcan, Erdem ve Önok, 2006, s. 205). HAKERİ de aynı görüştedir. *"Kişilere karşı suçlar arasında düzenlenen bu suçla sadece ceninin yaşama hakkı değil, çocuk düşürtme suçunun yetkili olmayan kişi tarafından işlenmesi halinde verilecek cezanın arttırılması ve çocuğun rızaya dayalı alınmasına süre sınırı getirilmiş olması ile aynı zamanda kadının sağlığı da korunmaktadır. Rızaya dayalı olarak kadının gebeliği sona erdirmesi hakkı tanındığı için de aynı zamanda kadının anne olup olmamaya karar verme hakkı da korunmaktadır. Aynı zamanda ulusun, ırkın ya da toplumun varlığını sürdürme hakkı, aileye ait bir varlığın var olma hakkı, genel ahlak ve devletin nüfus politikasının da suçla korunan hukuki yararlar arasında yer almaktadır"* (Hakeri, 2014, s. 858, 859).

"Rızaya dayalı olarak ve rızaya dayalı olmaksızın gerçekleştirilen çocuk düşürtme suçları şeklinde ikili bir ayrıma gidilmelidir. Rızaya dayalı olmayan çocuk düşürtme suçunda korunan hukuki yarar, kadının anne olmak hakkının ihlal edilmemesine ilişkin çıkarırken; rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda ise beşeri hayatın korunmasındaki kamusal yararadır. Zira burada 10. haftadan sonra rıza açıklamaya hakkı olmayan kadın değil, beşeri hayatı korumakla yükümlü olan kamu idaresi suçun mağdurudur" (Hafizoğulları ve Özen, 2015, s. 141, 142).

"Rızasız çocuk düşürtme suçunda kadının çocuğunu doğurma hakkı ile ceninin gelecekteki yaşamına kavuşabilme hakkı, korunan hukuki yararadır. Gebeliğin onuncu haftasından önce ceninin gelecekteki yaşam hakkı, kadının çocuğunu doğurma hakkına göre ikinci plandayken; onuncu haftadan sonra bunlar eş değerde korunmaktadır. Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda ise korunan hukuki yarar, kadının biyolojik anne olup olmamayı seçebilme hakkıdır" (Keskin Kiziroğlu, 2013, s. 170, 171).

NPHK m. 2'de nüfus planlaması, fertlerin istedikleri zaman ve istedikleri sayıda çocuk sahibi olmasına kendilerinin karar verebilmesi şeklinde tanımlanmış, TCK'nun 99. maddesinin gerekçesinde de çocuk düşürtme ve düşürme suçlarının NPHK hükümleri göz önünde bulundurularak düzenlendiği belirtilmiştir. Bu nedenle çocuk düşürtme suçunda korunan hukuki değer devletin nüfus politikası değildir (Dönmezer, 1984, s. 11) 765 sayılı TCK döneminde 1983 yılında yapılan değişiklikten önce suç

"ırkın tümlüğü ve sağlığı aleyhine cürümler" başlığı altında düzenlenmişti. Ancak yeni kanunun bu suçu "kişilere karşı suçlar" başlığı altında düzenlemiş olduğu göz önünde bulundurulduğunda ulusun, ırkın ya da toplumun varlığını sürdürme hakkının da bu suçla korunan hukuki yararlarından olduğu söylenemez (Yurtcan, 1985, s. 45).

Kanaatimce rızaya dayalı olan ve rızaya dayalı olmayan çocuk düşürtme suçları arasında gebeliğin süresi de göz önünde bulundurulurken bir ayırım yapmak gerekecektir. Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda onuncu haftadan önce cezalandırılmanın söz konusu olduğu, yetkili olmayan kişi tarafından gerçekleştirilen fiillerde korunan hukuki yarar, gebeliğin ancak yetkili kişiler tarafından sonlandırılması istendiğinden gebe kadının sağlık hakkıdır. Onuncu haftadan sonraysa kadının rızasına değer atfedilmediği için anne olup olmamayı tercih etme hakkının korunmuş olduğu söylenemez. Kanun koyucu tıbbi zorunluluk bulunmadığı sürece on haftadan sonra gebeliği sonlandırmaya izin vermeyerek kadının sağlık hakkını kendi rızasına rağmen korumaktadır. Onuncu haftadan sonra gebeliği kural olarak sona erdirmeye izin vermeyen kanunun ceninin geleceğe yönelik yaşama hakkını koruması gerekmesine rağmen, suçun kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiş olduğu ve ceninin de kişi olmadığı göz önünde bulundurulduğunda ceninin geleceğe yönelik yaşama hakkının da bu suçun hukuki konusu olduğunu söylemek mümkün değildir.

Rızasız çocuk düşürtme suçunda onuncu haftadan önce korunan hukuki yarar, kadının anne olup olmamayı tercih etme hakkıdır. Onuncu haftadan sonra ise, kadının sağlık hakkı ve kadın anne olmayı tercih etmesine rağmen onun tercihine saygı gösterilmemek suretiyle gebelik sona erdirildiğinden gebe kadının anne olup olmamayı tercih etme hakkı korunmaktadır. Onuncu haftadan sonraki dönemde ceninin korunması gerekmesine rağmen rızaya dayalı çocuk düşürtmede belirtilenler burada da geçerlidir.

Henüz doğmamış olan ceninin hukuk düzeninde kişi olarak kabul edilmesi mümkün olmadığından çocuk düşürtme ve düşürme suçunun kişilere karşı suçlar başlığı altında değil, aile düzenine karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi gerektiği de ileri sürülmüştür (Toroslu, 1970, s. 312, 313). "*Aile hayatının ahlaki bir gereğine cevap verdiği cihetle, gebelik mahsulünün muhafazası, aileye ait bir varlıktır. Bu varlık, çocuk düşürmeyi yasaklamak ve cezalandırmak suretiyle ceza kanunu tarafından himaye edilmektedir*" (Toroslu, 1970, s. 340).

Suçun aile düzenine karşı suçlar arasında çocuk düşürtme suçu ya da gebeliğin sonlandırılması başlığı altında düzenlenmesi kanaatimce doğru olmayacaktır. Böyle bir düzenlemenin getirilmesi halinde suçtan zarar gören niteliğinde sayılabilecek babanın da suçun mağduru olarak kabul edilmesi sonucu doğacaktır. Aynı zamanda daha sonra da belirtileceği üzere NPHK'da eşin rızası aranmasına rağmen TCK'da yalnızca gebe kadının rızasından bahsetmektedir. Yalnızca kadının rızasının aranması gerektiğini düşündüğüm çocuk düşürtme suçunun aile düzenine karşı suçlar arasında aynı başlık altında düzenlenmesi halinde NPHK hükümleri de göz önünde bulundurulduğunda eşin rızasının aranması kaçınılmaz olacaktır.

Kanaatimce ceninin kişi olarak nitelendirilmesi mümkün olmasa dahi ceninin geleceğe yönelik yaşama hakkı göz önünde bulundurulmalı, hem gebe kadının hem de ceninin korunması sağlanmalıdır. Bu nedenle aile düzenine karşı işlenen suçlar arasında çocuk düşürtme ve düşürme suçları yerine gebe kadının ve ceninin korunması başlığı altında rızanın ancak gebe kadın tarafından verilebileceği de belirtilerek yeni bir düzenleme yapılmalıdır.

2. 3. Mağdur

Suçun mağduru ya da pasif süjesi, suçu öngören normla korunan, suçun esasını oluşturan varlık ya da menfaatin sahibi veya hamilidir (Toroslu, 2012, s. 106). Çocuk düşürtme suçunun mağduru konusunda da doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Genel olarak kabul edilen görüş, suçun mağdurunun gebe kadın olduğudur (Ünver, 2009, s. 181; Artuç, 2008, s. 538; Ertuğrul, 2016, s. 89; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2014, s. 292). Doktrinde yer alan diğer görüşlere değinmek gerekirse,

"*Suçun mağduru gebe kadının yanı sıra nüfusun azalmasıyla zarara uğrayan toplumdur*" (Aydın, 2011, s. 76).

"*Rızasız çocuk düşürtme suçunda korunan hukuki yarar gebe kadının anne olup olmamayı tercih etme hakkı olduğundan mağdur gebe kadındır. Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda ise gebeliğin onuncu haftasından sonra gebe kadın ve çocuk her ikisi de mağdurdur*" (Keskin Kızıroğlu, 2013, s. 172, 179).

“Rızasız çocuk düşürtme suçu ve yetkili olmayan kişi tarafından gerçekleştirilen çocuk düşürtme suçunda gebe kadın, annenin katılımıyla işlenen çocuk düşürtme suçunda ise beşeri hayatı korumakla yükümlü kamu idaresi suçun mağdurudur” (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s. 140 ve devamı).

“Çocuk düşürme ve düşürtme suçlarında cenin suçun konusudur, mağdur ise çocuk üzerindeki hakkı yok olan ana veya babadır” (Dönmezer ve Erman, 1983, s. 454).

Çocuk düşürtme suçunun mağdurunu belirlerken hukuki konunun göz önünde tutulması gerekir. Çocuk düşürtme suçunda cenine ait hukuki değerlerin de korunduğunu göz önünde tuttuğumuzda ceninin de mağdur olarak nitelendirilebilmesi gerekir. Ancak mevcut kanuni düzenlemeleri göz önünde bulundurduğumuzda ancak gerçek kişiler, tüzel kişiler veya aile, toplum ve devletler topluluğu şeklinde tüzel kişiliğe sahip olmayan kolektif organizmalar mağdur olabilir (Toroslu, 2012, s. 107). Aynı zamanda suç kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiştir ve ceninin kişi olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Bu durumda rızaya dayalı olmayan çocuk düşürtme suçunda mağdur, onuncu haftadan önce de onuncu haftadan sonra da yalnızca gebe kadındır.

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda onuncu haftadan önce gerçekleştirilen fiiller kural olarak suç teşkil etmeyecektir. Tek suç teşkil eden durum olan yetkili olmayan kişi tarafından onuncu haftadan önce rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda ise mağdur, kadındır. Burada mağdur ile fail sıfatının birleşmesi söz konusu değildir. Zira hukuk düzenimiz annenin onuncu haftadan önce işlediği fiilleri suç saymamaktadır (TCK m. 99/2 ve m. 100'den anlaşılmaktadır). Onuncu haftadan sonra rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda gebe kadını suçun mağduru olarak kabul edemeyiz. Gebe kadını suçun mağduru olarak kabul ettiğimizde suçun mağduru ile suçun faili aynı kişiler olacaktır. Mağdur ve fail sıfatlarının aynı kişi üzerinde birleşmesi mümkün olmadığından (Toroslu, 1970, s. 174) gebe kadının mağdur olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Cenini de kişi olmadığı için mağdur olarak kabul edemeyiz. Suç kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. Bu sebeple TCK 99/2'de suçun mağdurunun kamu idaresi ya da toplum olduğu da söylenemez. Onuncu haftadan sonra suçun mağdurunu çocuk düşürtme suçunun kanundaki düzenleme yeri ve düzenleniş şekline göre belirlemek mümkün değildir.

Taşıyıcı anne ve biyolojik anne konusuna da değinmek faydalı olacaktır. Türk hukukunda taşıyıcı anneliğe izin verilmemiştir. Ancak taşıyıcı annelik uygulamada karşılaşılabilen bir durumdur. Taşıyıcı annenin rahminde bulunan cenin üzerinde çocuk düşürtme suçu işlendiği takdirde mağdur taşıyıcı anne olacaktır (Doğan, 2016, s. 101, 102). Zira cenini rahminde taşıyan ve gebe kadın olarak nitelendirilebilecek kişi taşıyıcı annedir. Biyolojik anne 3.kişiler tarafından işlenen çocuk düşürtme suçunda ancak zarar gören olabilir. Hatta biyolojik anne çocuk düşürtme suçunun faili de olabilir. Aynı şekilde baba da bu suçun mağduru değildir, ancak zarar gören ya da fail olabilir.

2.4. Zincirleme Suç

Kanunda yer alan zincirleme suç maddesinde iki ayrı düzenleme mevcuttur. Bunlardan ilki, bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suçun aynı kişiye karşı farklı zamanlarda birden fazla kez işlenmesi (TCK m. 43/1), ikincisi, birden fazla kişiye karşı aynı suçun tek bir fiille işlenmesini düzenlemiştir (TCK m. 43/2). Her ne kadar kanun birden fazla kişiye karşı işlenen suçlarda zincirleme suçun söz konusu olabilmesi için fiilin tekliğini aramışsa da doğru olan hareketin tekliğidir. Zira zincirleme suçun oluşabilmesi için birden fazla suça, birden fazla suçun oluşabilmesi için de birden fazla fiile ve neticeye ihtiyaç vardır (Sancar, 2007 s. 251).

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için kanunda kullanılan aynı veya farklı kişilerden anlaşılması gerekense suçun mağdurudur (Sancar, 2007, s. 251).

Suçun mağduru konusunda uzlaşma sağlanamamış olması, ceninin kişi sayılmaması zincirleme suç hükümlerinin uygulanması konusunda da farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Doktrinde bir görüş, suçun mağdurunun gebe kadın olduğunu ve bu nedenle zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceğini belirtmiştir. Zira aynı gebe kadının değişik zamanlarda gebeliği sona erdirilebileceği gibi aynı anda birden fazla gebe kadının tek bir hareketle de gebeliği sona erdirilebilir. Çoğul gebeliklerde ise mağdur gebe kadın olduğundan tek bir suç oluşacaktır. Başka bir düşünceden hareket edilerek de çoğul gebeliklerin sonlandırılması durumunda tek bir suçun işlenmiş sayılacağı belirtilmiştir. Bu düşünceye göre (Erman ve Özek, 1994, s. 205; Savaş ve Mollamahmutoğlu, 1998, s. 5193) ceninlerden birinin düşürtülebilmesi için diğer cenin üzerinde de suçun işlenmiş olması gerektiği, bir suçu işlerken diğerinin işlenmesinin zorunlu olduğu durumlarda geçitli suçun bulunduğu, zincirleme suçta ise suç işleyen kimsenin diğer suçu işlemesinin gerekli olmadığı, geçitli suçun olduğu

bu durumlarda tek bir suçun söz konusu olduğu belirtilmektedir. Üçüncü bir görüş (Hakeri, 2014, s. 875) ise suçun birden fazla kişiye karşı tek bir hareketle işlenmesi durumunda (çoğul gebelik hallerinde) ceninin kişi olarak kabul edilmediğini (ancak suçun mağduru olarak cenini kabul etmektedirler), öldürme fiilinin kişiye karşı işlenmesi durumunda TCK m. 43/3 uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı ancak cenine karşı benzer bir fiil gerçekleştiğinde zincirleme suç hükümleri uygulanarak ceninin daha az korunacağını belirtmiştir.

Zincirleme suç hükümlerinin çocuk düşürtme suçunda uygulanıp uygulanamayacağını suçun mağduruna ilişkin yapmış olduğum açıklamalar çerçevesinde değerlendirmek gerekecektir.

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu açısından konuya baktığımızda, onuncu haftadan önce yetkili olmayan kişi tarafından gerçekleştirilen çocuk düşürtme suçunda suçun mağduru gebe kadın olduğundan hem TCK m. 43/1 hem de m. 43/2'nin uygulanması mümkün görünmektedir. Genel evde çalışan bir kadının bir ebeyle gebeliğini sona erdirmek amacıyla anlaşması halinde TCK m. 43/1 uygulanabilecektir (Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2014, s. 303).

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunun onuncu haftadan sonra gerçekleşmesi halindeyse, suçun kanundaki düzenlemesinden dolayı mağdurun kim olduğu belli değildir ve bu nedenle zincirleme suç hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağını söylemek gerekecektir.

Rızasız çocuk düşürtme suçunda onuncu haftadan önce de sonra da mağdur gebe kadın olduğundan her iki zincirleme suç düzenlemesinin de uygulanması mümkündür. Örnek olarak, gelininin doğum yapmasını istemeyen bir kaynananın sürekli olarak gebeliği sona erdirmesi 1. fıkraya örnek verilebilecekken, birden fazla gebe kadına aynı anda onları korkutacak nitelikte bir harekette bulunulması sonucu gebeliğin sona erdirilmesi hali 2. fıkraya örnek olarak gösterilebilir. "*Birden fazla gebe kadına aynı anda gebeliği sona erdirici ilaç şırınga edilmesi ve bu fiil sonucu gebeliğin sona erdirilmesi*" TCK m. 43/2'nin uygulanmasına örnek verilmiştir (Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2014, s. 303). Kanaatimce burada tek bir hareket değil, birden fazla hareket söz konusu olduğu için TCK m. 43/2'nin uygulanması mümkün değildir.

3. ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇU

3.1. Suçun TCK'deki Düzenlemesi

TCK m. 100'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre "*Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur*".

3.2. Suçun Hukuki Konusu

Suçla korunan hukuki yarar konusunda çocuk düşürtme suçunda olduğu gibi doktrinde görüş birliği yoktur. Doktrindeki görüşler şunlardır:

"*Bu suçla korunan hukuki yararlar ceninin yaşama hakkı, devletin nüfus politikası ve gebe kadının sağlık hakkıdır*" (Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2014, s. 306).

"*Suçla ihlal edilen, ceza ile korunan hukuki değer beşeri hayatın esenliğinin ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin kamusal yarardır*" (Hafizoğulları ve Özen, 2015, s. 146).

"*Kişilerin beden ve ruh sağlığı ile ceninin yaşama hakkı korunmaktadır*" (Artuç, 2008, s. 557).

"*Gebeliğin onuncu haftasından sonra kadının anne olup olmamayı tercih etme hakkına kanun tarafından değer atfedilmediği için ceninin geleceğe yönelik yaşama hakkı korunmaktadır*" (Keskin Kızıroğlu, 2013, s. 184; Ünver, 2009, s. 225).

Kanaatimce bu suçla korunan hukuki değer ceninin geleceğe yönelik yaşama hakkı olması gerekir. Ancak çocuk düşürtme suçunda olduğu gibi bu suçta da kanuni düzenlemeden kaynaklanan bir sorun bulunmaktadır. Zira kanunda suç kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiş olduğu için devletin nüfus politikası, ırkın tümlüğü, sağlığı ya da aile düzeninin hukuki konu olduğu söylenemeyeceği gibi cenin kişi sayılmadığı için ceninin gelecekteki yaşam hakkının korunduğu da söylenemez. Çocuk düşürtme suçunun kanundaki düzenleniş biçimine ilişkin eleştiriler burada da geçerlidir.

3.3. Mağdur

Suçun mağdurunun kim olduğu tartışmalıdır. Suçun mağdurunun ancak gerçek kişi olabileceği görüşünden hareket eden yazarlar, ceninin suçun mağduru olamayacağını, toplumun ve devletin suçun mağduru olacağını belirtmişlerdir (Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2014, s. 306, 307). Yazarlar aynı zamanda onuncu haftadan sonra kendi vücudu üzerinde serbestçe tasarruf edemeyen

kadının sağlık hakkının suçla korunan hukuki yarar olmasından hareketle kadının da suçtan zarar gören ve mağdur olduğunu belirtmişlerdir (Ertuğrul, 2016, s. 136, 137). Diğer yazarlar ise, fail ve mağdur sıfatları aynı kişi üzerinde birleşemeyeceği için çocuk düşürme suçunun mağdurunun cenin olduğunu belirtmektedir (Artuç, 2008, s. 558; Keskin Kızıroğlu, 2013, s. 185).

Kanaatimce suç kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiş olduğu için mağdur toplum ya da devlet olamaz. Suçun faili ile mağduru aynı kişiler olamayacağından gebe kadın da mağdur değildir. Cenin kişi olmadığı için onun da mağdur olduğunu söylemek mümkün değildir. Suçun kanundaki düzenlemesinden yola çıkarak suçun mağdurunu belirlemek mümkün değildir.

3.4. Zincirleme Suç

Suçun kanundaki düzenleniş şeklinden suçun mağdurunun kim olduğunun tespit edilmesi mümkün olmadığından zincirleme suç hükümlerinin ne şekilde uygulanacağını da tespit etmek mümkün değildir. Bir kadının istemeden evlendiği kocasından doğacak olan çocukları bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlemesi halinde zincirleme suç şeklinde işlendiği düşünülse de cenin mağdur olmadığından zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır.

4. SONUÇ

Kadının üreme hakkı ve çocuk sahibi olması çok eski dönemlerden beri dini, ahlaki, nüfus politikaları vd. nedenlere bağlı olarak devletin ve toplumun dikkatini çekmiş, bu alanlara devlet ve toplum sürekli müdahalede bulunmuştur. Ancak kadının çocuk sahibi olup olmamaya karar vermesi ya da ebeveynlerin aile planlaması yapması devleti ve toplumu ilgilendiren alanlar olmayıp, bireylerin hak ve özgürlük alanına giren bir konudur. Bu nedenle çocuk düşürtme ve düşürme suçlarının "ırkın tümlüğü ve sağlığı aleyhine cürümler" başlığı altında düzenlenmekten vazgeçilip, "kişilere karşı suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. NPHK'da yer alan düzenlemelerle bireylerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları sağlanmıştır. Ancak suçun kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiş olması ceninin kişi sayılmaması nedeniyle problemlere yol açmakta, suçun hukuki konusuyla mağduru belirlenememekte, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında sorunlar çıkmaktadır. Bu nedenle geleceğe yönelik yaşama hakkına sahip olan ceninin hakları da korunacak şekilde çocuk düşürtme ve düşürme suçları gebe kadının ve ceninin korunması başlığı altında aile düzenine karşı suçlar arasında düzenlenmelidir.

Bütün bu eleştiriler dikkate alınarak kanunlarda ve tüzükte gerekli değişiklikler yapılmalı, çocuk düşürtme ve düşürme suçlarına ilişkin yapılacak olan düzenlemelerde her zaman kadının anne olup olmamayı tercih etme hakkı, sağlık hakkı, vücut bütünlüğü üzerinde tasarrufta bulunma hakkı ile ceninin gelecekteki yaşama hakkının dengede tutulmasına özen gösterilmelidir.

KAYNAKLAR

- Artuç, M., (2008), *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara: Adalet Yay.
- Aydın, M., (2011), "Çocuk düşürtme fiilleri ve ceza sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 2, 2011, 69-100.
- Doğan, R., (Kasım-Aralık 2016), "Kadının üreme hakkı, kürtaj, çocuk düşürme ve düşürtme suçları", *TBB Dergisi*, S. 127, 73-120.
- Dönmez, B., (2007), "TCK'da çocuk düşürtme suçu mukayeseli hukuk ve AİHM'nin bakış açısıyla ceninin yaşama hakkının sınırlandırılması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2, 99-144.
- Dönmezer, S., (1984), "Çocuk düşürtme ve düşürmenin dünü ve bugünü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 50, S. 1-4, 1-10.
- Dönmezer, S., (1998), *Kişilere ve mala karşı cürümler*, İstanbul: Beta Yay.
- Dönmezer, S. ve Erman, S., (1983), *Nazari ve tatabiki ceza hukuku genel kısım*, (2. cilt), İstanbul: Filiz Kitabevi.
- El-Kahtani, M., (2008), "İslam hukukuna göre anne rahminde sakat olan çocukların kürtaj yoluyla düşürülmesinin hükmü", (A. Kahraman, Çev.), *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. XII/1, 441-485.
- Erman, S. ve Özek, Ç., (1994), *Ceza hukuku özel bölüm kişilere karşı işlenen suçlar (TCK 448-490)*, İstanbul: Dünya Yay.

- Ertuğrul, H., (2016), *Çocuk düşürtme, çocuk düşürme ve kısırlaştırma suçları*, Ankara: Adalet Yay.
- Hafizoğulları, Z. ve Özen, M., (2015), *Türk ceza hukuku özel hükümler kişilere karşı suçlar*, Ankara: US-A Yay.
- Hakeri, H., (2014), *Tıp Hukuku*, Ankara: Seçkin Yay.
- Kaya, F., (2014), *Peter Singer'in faydacı etik görüşü çerçevesinde kürtajın değerlendirilmesi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Keskin Kızıroğlu, S., (2013), "Türk ceza hukukunda çocuk düşürtme ve kısırlaştırma suçları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 2, 165-190.
- Önder, A., (1994), *Şahıslara ve mala karşı cürümler ve bilişim alanında suçlar*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Özbek, V. Ö., Kanbur, M. N., Doğan, K., Bacaksız, P. ve Tepe, İ., (2014), *Türk ceza hukuku özel hükümler*, Ankara: Seçkin Yay.
- Sancar, T. Y., (2007), "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda zincirleme suç", *TBB Dergisi*, S. 70, 244-259.
- Savaş, V. ve Mollamahmutoğlu, S., (1998), *Türk Ceza Kanunu yorumu*, Ankara: Seçkin Yay.
- Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M., (2006), *teorik ve pratik ceza özel hukuku*, Ankara: Seçkin Yay.
- Toroslu, N., (2012), *Ceza hukuku genel kısım*, Ankara: Savaş Yay.
- Toroslu, N., (1970), *Cürümlerin tasnifi bakımından suçun hukuki konusu*, Ankara: Sevinç Matbaası.
- Ünver, Y., (2009), "Türk Ceza Kanunu açısından çocuk düşürtme ve düşürme suçları", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2.
- Yurtcan, E., (1985), *Türk hukukunda kürtaj ve uygulaması*, İstanbul: Beta Yay.